

J. rom. m.

524

S

Tom. m.

Wappaeus

524⁵

<36637663210013

<36637663210013

Bayer. Staatsbibliothek

S

Zur Lehre
von den
dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen

nach römischem und heutigem Recht.

Eine juristische Abhandlung

von

Heinrich Wappäus

Dr. jur.

Veranlasst durch eine von der Göttinger Juristenfacultät
gekrönte Preisschrift des Verfassers.

Göttingen,

Vandenhoeck & Ruprecht's Verlag.

1867.

272 - 139.

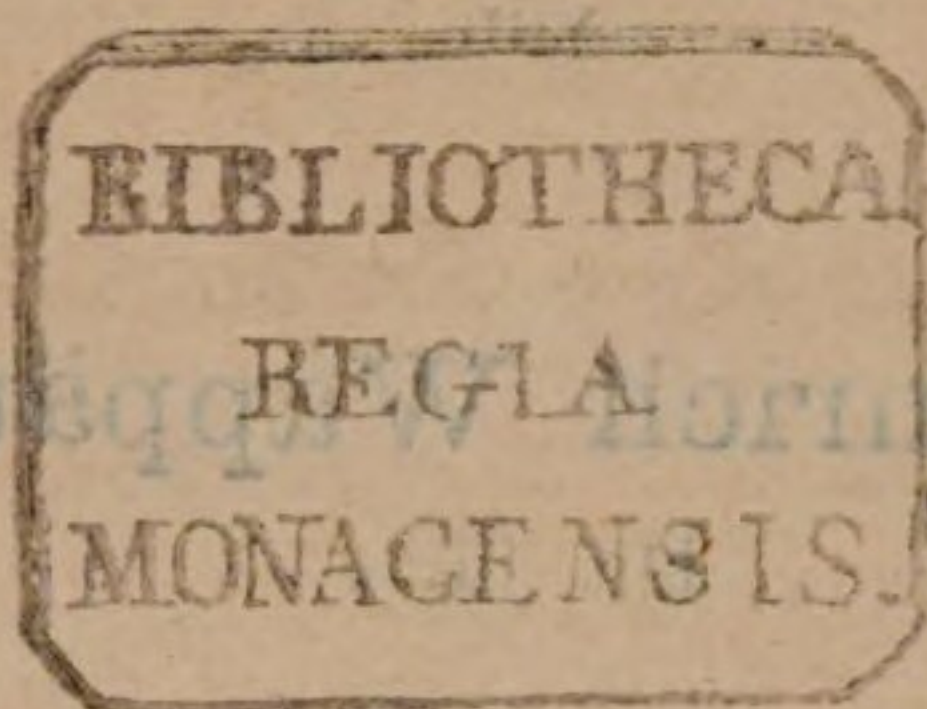
Zur Lehre

von den

den höchsten christlichen Sitten

nach römischen und heiligen Büchern

(Eine handschriftliche Abhandlung)



Handschriftliche Abhandlung

Verfasst durch einen von der königlichen Universität
gelehrten Theologen des Ordens

6611163

Verlag von J. Neumann, Neudamm

1804

Seinem hochverehrten Lehrer,

dem

Herrn Geh. Justizrath Ribbentrop,

dem gütigen Förderer seiner Studien

widmet diese Erstlingsarbeit

der Verfasser.

V o r w o r t.

Die vorliegende Arbeit ist entstanden in Veranlassung einer im Jahre 1866 von der juristischen Facultät zu Göttingen gekrönten Preisschrift. Statt letztere nach einer nochmaligen durchgängigen Uebersarbeitung, wie sie von der Facultät verlangt wurde, dieser wieder einzuliefern und nach erfolgter Genehmigung auf königliche Kosten drucken zu lassen, habe ich mich entschlossen, die ganze Abhandlung in erweiterter Ausführung und in deutscher Sprache zu veröffentlichen, wobei im Einzelnen wie in der Anordnung des ganzen Stoffes manches einer, wie ich hoffe, vortheilhaften Aenderung von mir unterzogen ist.

Der Gegenstand bot mir eigenthümliche Schwierigkeiten, aber auch ein besonderes Interesse. Jene liegen besonders in der Vielseitigkeit und Reichhaltigkeit des Stoffes, welche es oft schwierig machten, die richtige Ordnung und die erforderliche Klarheit und Uebersichtlichkeit einzuhalten; und man möge einem Neuling auf dem Gebiete der juristischen Schriftstellerei verzeihen, wenn ihm in dieser Beziehung manches nicht nach Wunsch gelungen ist. Ein grosses Interesse, ja eine herzliche Freude hat mir die Arbeit von ihrem Anfang bis zum Ende insofern gewährt, als es galt, einen Gegenstand in übersichtlicher Form und mit möglichster Vollständigkeit nicht nur darzustellen, sondern vor Allem den leitenden Gedanken, das Grundprincip einer Lehre zu entwickeln, welche selbständig bisher mit einiger Ausführlichkeit noch von niemandem behandelt worden ist und in den allgemeinen Systemen des Privatrechts meistens sehr kurz abgefertigt zu werden pflegt. Eine reiche Genugthuung wird es mir sein, wenn competente Richter in dieser Beziehung mein redliches Streben anerkennen und dasselbe als nicht ganz fruchtlos bezeichnen sollten.

Am ausführlichsten ist absichtlich das heutige Recht behandelt; die Darstellung des römischen Rechts sollte zu diesem Haupttheil nur die Einleitung und Vorbereitung bilden. Innerhalb des heutigen Rechts habe ich mein Hauptaugenmerk auf die öffentlichen Sachen gerichtet, wo die vielfachen Controversen es besonders wünschenswerth machten, einmal eine zusammen-

fassende übersichtliche Bearbeitung auf Grund eines bestimmten, klaren Principes zu unternehmen. Doch auch die *extra commercium* befindlichen Kirchensachen sind, wie ich hoffe, nicht zu kurz gekommen. Es ist bei ihnen bestritten, worin eigentlich ihre Extracommercialität bestehe, und habe ich mich bemüht, deren Wesen quellenmässig zu erforschen und darzustellen.

Diejenigen Gegenstände, welche ich als uneigentliche *res extra commercium* bezeichnet habe, sind zwar sehr zahlreich, aber von geringerer juristischer Bedeutung; der Unterschied von gewöhnlichen *res in commercio* beruht nur in einer ganz bestimmten Eigenthümlichkeit und reicht in seiner Wirkung durchaus nicht so weit, dass er sie im eigentlichen Sinne dem Privatrecht entzöge. Ich habe mich daher hier kurz fassen zu können geglaubt, indem ich, ohne erschöpfend die einzelnen Gegenstände aufzuzählen, deren Ergänzung vielmehr der praktischen Erfahrung eines jeden Lehrers überlassend, mich darauf beschränkte, die leitenden Gesichtspunkte darzulegen.

Es möge mir nun noch erlaubt sein, einige Worte zur Erklärung meines vielleicht Manchem beim ersten Blick auffälligen mehrfachen polemischen Verfahrens zu sagen. Ein ganzer Theil, eine Hauptfrage (die nach den Privatrechtsverhältnissen der *res publicae* im römischen wie heutigen Recht) hängt aufs engste zusammen mit dem berühmten vor einigen Jahren geführten Rechtsstreit über die Baseler Festungswerke. Derselbe hat eine grosse Anzahl von Gutachten und Gegengutachten veranlasst, in denen der bei dieser Frage zur Beurtheilung kommende Rechtsstoff fast vollständig gesammelt vorliegt. Es war daher unmöglich, anders als durch eine Kritik der in jenen Gutachten enthaltenen Einwürfe gegen die herrschende und nach meiner Ueberzeugung allein richtige Lehre von den *res publicae* die letztere von neuem zu prüfen und als unanfechtbar zu erweisen. — Schliesslich bitte ich die am Schlusse verzeichneten wenigen Druckfehler, welche den Leser stören könnten, vor der Lecture zu corrigiren.

Göttingen, den 12. Februar 1867.

H. Wappäus.

Inhaltsübersicht.

	Seite
Einleitung	1
Erste Abtheilung. Das römische Recht. (Seite 5 bis 44)	
I. Die einzelnen <i>res extra commercium</i>	
1. Terminologie (§. 1)	5
2. Uebersicht und Eintheilungen (§. 2)	
3. Die <i>res extra commercium</i> im eigentl. Sinn	
a. Völlig extracommerciale Sachen	
aa. <i>Res sacrae</i> (§. 3)	8
bb. <i>Res religiosas</i> (§. 4)	12
cc. <i>Venena mala, libri prohibiti</i> (§. 5)	17
b. Partiell extracommerciale Sachen	
aa. Die <i>res in publico usu</i>	
α) Die <i>flumina publica</i> (§. 6)	18
β) Die <i>viae publicae</i> und <i>loca publica</i> (§. 7)	27
bb. Die <i>praedia in patrimonio Caesaris</i> (§. 8)	34
cc. Die Vorschrift der <i>l. 1 C. I, 10</i> (§. 9)	35
4. Die <i>res extra commercium</i> im uneigentl. Sinn	
a. Ausschliessung einzelner Rechtsgeschäfte (§. 10)	35
b. Beschränkung einzelner Rechtsgeschäfte (§. 11)	37
II. Wirkungen des <i>extra commercium esse</i> (§. 12)	38
III. Entstehung und Aufhebung der Extracommercialität einer Sache (§. 13)	42
Zweite Abtheilung. Das heutige Recht. (Seite 45 — 131)	
Einleitung (§. 14)	45
I. Die einzelnen dem Verkehr entzogenen Sachen im eigentlichen Sinn	
1. Völlig dem Verkehr entzogene Sachen (§. 15)	47
2. Partiell dem Verkehr entzogene Sachen	
a. Die <i>res sacrae</i> und <i>religiosae</i> des heutigen Rechts	
Historische Einleitung (§. 16)	49
Geltendes Recht (§. 17)	56

	Seite
b. Die <i>res publicae</i> des heutigen Rechts (§. 18) . . .	73
aa) Die öffentlichen Gewässer (§. 19)	76
bb) Die öffentlichen Sachen im privatrechtlichen Eigenthum.	
α) Im Allgemeinen (§. 20)	85
β) Die öffentlichen Sachen im Eigenthum des Staats oder der Gemeinden (§. 21)	105
γ) Die öffentlichen Sachen im Eigenthum einer Privatperson (§. 22)	114
c. Subjective Rechts- und Verkehrsbeschränkung (§. 23)	117
2. Wirkungen im heutigen Recht (§. 24)	119
II. Die dem Verkehr entzogenen Sachen im uneigentlichen Sinn	
1. Ausschliessung einzelner Rechtsgeschäfte (§. 25) . . .	125
2. Gewerbs- und Handelsmonopole (§. 26)	128
Schluss (§. 27)	130

Einleitung.

Zu den vielseitigsten und verwickeltsten Materien des heutigen gemeinen wie des römischen Sachenrechts gehört ohne Zweifel die Lehre von den dem Verkehre entzogenen Sachen (*res extra commercium*).

Von vornherein festzustellen ist hier der juristische Begriff der „Sache.“ Als Sachen im juristischen Sinn, als *pecunia* im weitem Sinn (vgl. l. 5 pr. l. 178 pr. D. de v. s. 50, 16), werden nur diejenigen Gegenstände betrachtet, welche Theile des Vermögens einer physischen oder juristischen Person bilden können. Völlig ausgeschlossen von dem Kreise unserer Untersuchung sind daher diejenigen Objecte, welche nur im gewöhnlichen, natürlichen Sinn zu den Sachen gerechnet werden, Gegenstände eines Vermögensrechts aber nicht sein können, wie die atmosphärische Luft, die fließende Wasserwelle (*aqua profluens*), das Meer, die Himmelskörper (Körper im physikalischen Sinn).

Was heisst nun aber: *extra commercium esse* — dem Verkehr entzogen sein? Es bedeutet, wie jene Bezeichnung verrieth, dass eine Sache dem Privatverkehr, genauer dem Rechtsverkehr der Privatpersonen, also dem Privatrecht, entzogen ist. Die dem Verkehr entzogenen Gegenstände sind also Sachen, die zwar an sich einen Vermögenswerth besitzen, Bestandtheile von Vermögensganzen bilden können, vom Rechtsverkehr der Privatpersonen aber und damit vom Privatrecht ausgeschlossen sind. *)

*) Definitionen finden sich bei: von Holtzendorff, *De rebus quarum commercium non est* dissert. pag. 2. 37: *res quae in cuiusquam bonis esse non possunt.* — v. Buchholtz, *Versuche über einzelne Theile*

Diese Ausschliessung kann eine totale, sie kann aber auch eine nur partielle sein. Diesen Satz hat man bisher regelmässig übersehen. Man hat vielmehr die *res extra commercium* zu sehr als eine gleichartige Masse behandelt, und hierin nicht, wie es nothwendig ist, verschiedene Grade und Stufen unterschieden.

Die Ausschliessung ist eine totale, wenn alle Personen von allen Rechten an einer Sache ausgeschlossen sind; sie ist eine partielle, wenn nur einzelne Rechte von Niemandem daran ausgeübt werden, oder nur einzelne Personen keine Rechte daran haben können, oder endlich, wenn nur einzelnen Personen einzelne Rechte daran nicht zustehen. Die Ausschliessung kann ferner eine beständige, dauernde, durch Beschaffenheit oder Bestimmung einer Sache gebotene, oder eine vorübergehende, zeitweise, auf zufälliger positiver Anordnung beruhende sein. Unter dieser Classificirung möchten sämtliche *res extra commercium* unterzubringen sein.

Eine unmittelbare nothwendige Folge der gänzlichen oder theilweisen Nichtzuständigkeit von Rechten der Privatpersonen ist die gänzliche oder theilweise Unmöglichkeit von Rechtsgeschäften, welche den Zweck haben, Rechte an diesen Sachen zu begründen, zu übertragen und aufzuheben. Denn sobald man an einer Sache keine Rechte oder einzelne Rechte nicht haben oder ausüben kann, kann man auch

d. Theorie d. h. röm. Rechts (Abhdl. 7): „sie sind ein Theil der *res nullius*.“ — Mühlenbruch, Pandekten §. 213: *res quae sine pretio sunt neque aestimationem recipiunt*. — Keine ist ganz befriedigend. Man hat bisher die *res extra commercium* viel zu sehr als eine gleichartige Masse behandelt und demnach die besonderen Grade und Stufen nicht gehörig unterschieden. Man hat ferner meist übersehen, dass das obligatorisch bedeutungsvolle *extra commercium* ein blosses, wenn gleich nothwendiges Symptom eines tiefer liegenden Grundwesens ist, nämlich der Unfähigkeit, Gegenstand der Ausübung aller oder gewisser Sachenrechte zu sein. — Ganz ungenügend aber ist die Definition bei Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit I. S. 40: „*Extra commercium esse*, von der körperlichen Sache gebraucht, schliesst an sich nicht deren Fähigkeit aus, im Eigenthum zu stehen, sondern nothwendig nur deren Unfähigkeit ein, Gegenstand eines Rechtsgeschäfts, also auch einer Eigenthumsübertragung, zu sein.“

nicht durch Rechtsgeschäfte irgend welcher Art dieselben wirksam erwerben oder übertragen.

Unmöglich aber, soweit die Ausschliessung vom Rechtsverkehr reicht, sind auch rein obligatorische Rechtsgeschäfte, welche eine Forderung auf Einräumung von Rechten an solchen Sachen begründen sollen. Denn da solche Rechte nicht eingeräumt werden können, so ist eine derartige Obligation von Anfang an gegenstandlos, ganz wie ein über eine nicht existirende Sache geschlossener Vertrag.

Dies sind die eigentlichen, regelmässig unter diesem Namen verstandenen *res extra commercium*.

In uneigentlichem Sinn kann man so auch bezeichnen und haben die Römer in der That bezeichnet diejenigen Gegenstände, welche zwar eine jede Rechtsausübung, jede aus einem dinglichen Recht fließende Disposition über sich zulassen, aber dadurch ausgezeichnet sind, dass in Folge positiver gesetzlicher Anordnung gewisse Rechtsgeschäfte nicht oder nur unter gewissen Umständen über sie wirksam abgeschlossen werden können.

Nicht ausgeschlossen aber ist bei den *res extra commercium* ein Subjectionsverhältnis unter die öffentliche Gewalt des Staates, denn diese fällt nicht innerhalb der Grenzen des Privatrechts, sondern darüber hinaus auf ein Gebiet, dem die *res extra commercium* als solche keineswegs entzogen sind.

So viel ist es, was wir *a priori* aus dem Satze der Ausschliessung vom Rechtsverkehr der Privatpersonen zu folgern und der allgemeinen Orientirung wegen vorausschicken uns erlauben. Wir müssen es der folgenden auf möglichst genaue Durchforschung der Rechtsquellen begründeten Darstellung des positiven Rechts überlassen, unsere im Allgemeinen bereits angedeutete Grundansicht zu bestätigen und zugleich eine richtige Würdigung der eigentlichen rechtlichen Bedeutung der *res extra commercium* im Einzelnen zu bewirken.

Erste Abtheilung.

Das römische Recht.

I. Die einzelnen „res extra commercium“ nach römischem Recht.

§. 1. 1) R ö m i s c h e T e r m i n o l o g i e.

Es ist zunächst zu bemerken, dass der von den neueren Schriftstellern gewöhnlich gebrauchte Ausdruck: *res extra commercium* nicht genau der technischen Sprache der Römer entspricht. Sie bedienen sich vielmehr der Wendungen: *res quarum commercium non est*, zur Bezeichnung verschiedener Grade der Ausschliessung vom Verkehr (*l. 6 pr. D. de contr. emt. 18, 1; l. 1 §. 2 D. quae res pign. 20, 3.*); *res quae haberi non possunt*, oder *quarum alienatio non est*, besonders bei denjenigen Sachen, welche am vollständigsten vom Privatverkehr ausgeschlossen sind (*l. 4 l. 6 pr. cit. D. eod.*); ferner, und zwar nur für Sachen, welche nur partiell dem Verkehr entnommen sind, der Bezeichnungen *quarum commercium aliquis non habet* (*l. 39 §. 10 D. de legat. I. l. 62 D. de acqu. rer. dom. 41, 1*), *quae res venire non possunt* (*tit. C. 4, 40*) und ähnlicher. Wir werden uns in der Folge öfter des Ausdrucks *res extra commercium* bedienen, lediglich weil derselbe in der juristischen Sprache unserer Zeit zu sehr eingebürgert ist, um vermieden werden zu können.

§. 2. 2) Uebersicht und Eintheilungen
der nach römischem Recht dem Verkehr ent-
zogenen Sachen.

Eine systematisch geordnete Uebersicht der *res extra commercium* wird in unseren römischen Rechtsquellen an keiner Stelle gegeben.

Denn die im Anfang des Institutionentitels *de rer. div.* 2, 1 vorkommende Uebersicht der *res extra patrimonium singulorum* im Gegensatz zu den *res in patrimonio* fällt mit der Eintheilung der Sachen in *res extra commercium* und *res in commercio* keineswegs zusammen. *) Es giebt, wie sich weiterhin von selbst ergeben wird, Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind, ohne *extra patrimonium* der Privatpersonen zu sein, während anderseits zu den *res extra patrimonium* von den Römern auch solche Gegenstände gerechnet werden, welche gar nicht Sachen im juristischen Sinne sind, mit welchen also die Lehre von den *res extra commercium* es gar nicht zu thun hat (*cf.* §. 1. *J. h. t.*). Ganz dasselbe gilt von der zum Theil mit den Institutionen wörtlich übereinstimmenden Uebersicht in *l. 2 sq. D. de div. rer.* 1, 8.

Wir müssen daher versuchen, im Anschluss an die Aussprüche der Quellen und zugleich an die in der Einleitung angedeutete rationelle Eintheilung eine systematische Uebersicht der verschiedenen Arten und Stufen der *res extra commercium*, wie wir sie nun einmal kurzweg nennen, zusammenzustellen, wobei die unten folgende detaillierte Darstellung die gegebene Classificirung im Einzelnen rechtfertigen möge.

A. Eigentliche *res extra commercium*.

1. Eine totale Ausschliessung vom Verkehr finden wir bei den s. g. *res divini juris*, und unter ihnen am ausgeprägtesten bei den *res sacrae*. An ihnen ist überhaupt eine menschliche Berechtigung, ein Anspruch irgend welcher Art nicht möglich (§. 7—10 *J. l. c.*). Die *res religiosae* dagegen sind, wenn auch nicht selbst der Gegenstand, doch die

*) Vgl. von Holtzendorff, *De reb. qu. comm. non est diss.* pag. 1. sq.

Quelle einer gewissen Privatberechtigung, welche auch durch Vertrag übertragen werden kann (*l. 2 §. 9 l. 41 D. de relig. 11, 7*): namentlich des unten näher zu erörternden *jus sepulcri* oder *religionis exercendae*. — Ferner sind unter gewissen Umständen Gifte, welche zur Verübung von Mordthaten gebraucht zu werden pflegen, sowie verbotene Bücher vom Verkehr absolut ausgeschlossen, worüber die Belegstellen unten folgen werden.

2. Eine partielle Ausschliessung vom Verkehr kommt in verschiedener Weise vor.

a) Ausschliessung aller Privatrechtssubjecte von einzelnen Rechten. Hierher gehören besonders die *res publicae*, welche recht eigentlich *res quarum commercium non est* genannt werden (*l. 6 pr. D. de contr. emt. 18, 1*), d. h. die zum allgemeinen Gebrauch der Staatsbürger bestimmten Anstalten und Mittel (*quae usibus publicis in perpetuum relictæ sunt*; *l. 83 §. 5, l. 137 §. 6 D. de V. O. 45, 1*). An diesen Sachen sind die Rechte, oder genauer, die Ausübung derjenigen Rechte daran ist ausgeschlossen, deren Ausübung der Bestimmung dieser Sachen widerstreiten würde. Soweit dies nicht der Fall ist, ist die Ausübung unbeschränkt, kann auch durch Verträge gültig übertragen und erworben werden.

b) Ausschliessung einzelner Privatrechtssubjecte von allen Rechten. Dies kommt vor bei den *fundi patrimoniales Caesaris* (*l. 39 §. 10 D. de leg. I.*), an denen Niemand ohne den Willen des Kaisers Rechte erwerben kann, während dem *princeps* selber die freie Ausübung des vollen Eigenthumsrechts daran zusteht.

c) Ausschliessung einzelner Personen von einzelnen Rechten. Hierher gehört das Verbot für jüdische Herren, sich christliche Sklaven zu halten in *l. 1 C. ne christian. mancip. 1, 10*, was in den Basiliken auf haeretische und heidnische Herren ausgedehnt ist (*l. 2 C. eod. restit.*)

B. *Res extra commercium* im uneigentlichen Sinne.

Neben dieser Klasse findet sich schon im römischen Recht eine Reihe von Sachen, an denen zwar allen Privatpersonen alle Sachenrechte zustehen können über welche,

aber einzelne Verträge mit obligatorischer Wirkung nicht gültig abgeschlossen werden können, die man also aus diesem Grunde als partiell *extra commercium* betrachten kann und betrachtet hat. Hier ist die rechtliche Unmöglichkeit der Abschliessung solcher Verträge keine bloß secundäre Folge der (nicht existirenden) Ausschliessung aller oder einzelner Rechte an denselben, sondern jene Beschränkung besteht als eine selbständige, auf positiver Anordnung oder einem ausdrücklichen Gewohnheitsrecht beruhende Singularität. Hierher ist zu rechnen das Verbot der Veräusserung oder Verpfändung einer *res litigiosa*, sowie des *fundus dotalis* (*l. 1 §. 2 D. quae res pign. 20, 3; Tit. D. 44, 6; l. 4 C. de litig. 8, 37; Tit. D. de fundo dot. 23, 5*).

2. Die im *Tit. C. quae res venire non possunt*, 4, 40 (besonders *l. 1* und *2*) vorkommenden Gewerbsmonopole und Handelsmonopole des Staates haben ebenfalls gewisse Sachen mit einer rechtlichen Besonderheit bekleidet, wodurch dieselben in gewissem Sinne zu *res extra commercium* gemacht werden, indem einzelne Verträge über dieselben nur mit bestimmten Contrahenten geschlossen werden können.

Die unter B. genannten Fälle, welche von den eigentlich so genannten *res extra commercium* durchaus verschieden sind, werden wir, da sie nur ein untergeordnetes juristisches Interesse darbieten, nur in zweiter Linie kurz besprechen, indem unsere vorwiegende Aufmerksamkeit sich auf die Darstellung der eigentlichen *res extra commercium* und die Frage nach deren Schicksal im heutigen Recht concentrirt.

Die einzelnen *res extra commercium* nach römischem Recht.

Völlig „*extracommerciale*“ Sachen.

§. 3. aa) Vorbemerkungen und *res sacrae*.

Vor allen gehören hierher und sind genauer zu erörtern die *res divini juris*.

Es handelt sich hier darum, das diese Sachen betreffende klassische römische Recht darzustellen. Das späteste justinianische Recht ruht grossentheils noch auf der heidnisch-antiken Grundlage des classischen; soweit es darüber hin-

ausgeht und schon vom Einfluss des Christenthums durchzogen ist, werden wir es beim heutigen Recht behandeln, wohin es gehört.

Für den ältern römischen Rechtszustand ist hier eine allgemeine Eintheilung des ganzen Rechtsgebiets von Bedeutung, nämlich die in *jus humanum* und *jus divinum*. Sie ist in subjectivem Sinne zu verstehen, als der Inbegriff einerseits der menschlichen, anderseits der göttlichen Berechtigungen. Die *res juris humani* sind demnach alle Gegenstände, welche innerhalb des Gebietes menschlicher Berechtigung liegen, die *res divini juris* diejenigen, welche dem Kreise rein göttlicher Berechtigung angehören. Erstere bilden durchaus die Regel, denn einmal ist die ganze uns umgebende Welt der Objecte an und für sich bestimmt, der Willensherrschaft des Menschen, der Grundbedingung seines zu bildenden Rechts an denselben, unterworfen zu werden; und sodann liegt in der bedürftenden menschlichen Natur ein berechtigter Trieb zu dieser Unterwerfung. *) Anders aber verhält es sich mit denjenigen Sachen, von denen die Römer ausnahmsweise annahmen, dass über dieselben, mochten sie auch vorher einer menschlichen Herrschaft schon unterworfen gewesen sein, vermöge der besondern ihnen gesetzten Bestimmung nur die Götter, nicht irgend ein Mensch, eine Berechtigung haben könne. Sie bezeichneten diese Gegenstände daher als *res juris divini*. Dieser Auffassung liegt die Anschauung der ganzen antiken Theologie zum Grunde, wonach die Götter als, wenn auch höhere, doch menschenähnliche Wesen, gewisse Bedürfnisse und Wünsche ähnlich dem Menschen empfinden, und die letzteren dieselben durch Widmung geeigneter Gegenstände zu befriedigen suchen müssen, um damit die zu den Geschäften und Zwecken des Lebens wünschenswerthe Gunst der Himmlischen zu gewinnen. Diese Nothwendigkeit trifft nicht nur den Privatmann (daher die *sacra privata*) und die einzelnen Familien, sondern ganz besonders auch den Staat, dessen erfolgreiche Leitung als ganz besonders

*) Walter, Naturrecht und Politik §. 157—163.

vom Willen und von der Gunst der Götter abhängig gedacht wurde.

Zu diesen Gegenständen gehören nun:

1) Die *res sacrae*. Sie werden bezeichnet in *l. 6 §. 3 D. de div. rer.* 1, 8 als: *res quae publice consecratae sunt, non privatim*; die *loca sacra* in *l. 9 pr. eod.* als *quae publice dedicatae sunt*; und bei Gajus (*ed. Göschen, recogn. Lachmann 1842*) II. 4, 5 heisst es: *Sacrae sunt, quae Diis supremis consecratae sunt. Sed sacrum quidem solum existimatur auctoritate populi Romani fieri.* *Sacrae* also sind nur diejenigen Gegenstände, welche von Staatswegen den Göttern geweiht sind. Es können dies natürlich nur diejenigen Götter sein, welche in Rom sich eines öffentlichen, vom *populus Romanus* anerkannten Cultus erfreuen.

Die Bedeutung des „von Staatswegen“ erhellt aus den Worten bei Gajus: *consecratur enim lege de ea re lata, aut senatusconsulto facto.* Es ist also ein Volks- oder Senatsbeschluss erforderlich. So sagt auch Festus *s. v. Sacer Mons*: *Gallus Aelius ait, sacrum esse, quocumque more, (al. quodcumque more, cf. Gaj. II. 5 Note) atque instituto civitatis consecratum sit.* Es musste also jeder, der den Göttern eine Widmung darzubringen wünschte, einen solchen öffentlichen Beschluss zu erwirken suchen. Die Consecration selbst geschah dann durch die Pontifices. Denn diese waren die öffentlich bestellten Wächter und Bewahrer des göttlichen Rechts (daher Richter in Sachen des *jus sacrum*) und die Besorgung aller auf die Erwerbung der göttlichen Gunst berechneten Leistungen (Opfer, Dedicationen) lag in ihrer Hand. Die Würde des Pontifex Maximus ging nach dem Untergang der Republik auf den *princeps* über, daher dieser fortan die Handlung der Dedication vorzunehmen oder vollziehen zu lassen hatte (*l. 9 §. 1 D. h. t.* und *l. 15 D. ut in poss. legat.* 36, 4).

Bei Festus *a. a. O.* werden auch die gewöhnlichsten Gegenstände der Consecration genannt: *Sive aedis, sive ara, sive signum, sive locus, sive pecunia, sive quid aliud.* In den Digesten 1, 8 kommt vorzüglich der *locus sacer* vor (z. B. ein Platz, wo von Staatswegen Opfer dargebracht sind).

Die Dedication durch den darbringenden Privatmann selbst konnte die Sache nicht zu einer *sacra* machen, wenn auch zu einer *res sancta* (z. B. die *aedes privatae*, cf. *Festus v. Aedilis* u. l. 9 §. 1 *D. ad L. Jul. pecul.* 48, 13: *Sunt autem sacrilegi, qui publica sacra compilaverunt; at qui privata sacra, vel aedículas incustoditas tentaverunt, amplius quam fures, minus quam sacrilegi, merentur*). Denn die Consecration war ja eine öffentliche, unter staatlicher Auctorität erfolgende Leistung an die Gottheit. Jene Concurrenz aber der höchsten priesterlichen Behörde war und blieb in jedem Falle nothwendig; ohne sie konnte die beabsichtigte Verwandlung in eine *res sacra* nicht erfolgen.

Diese genannten zum öffentlichen Cultus einer vom römischen Staate verehrten Gottheit gehörigen Gegenstände konnten also an sich nur durch einen staatlichen Act, nicht durch eine Handlung eines Einzelnen (*sua voluntate*) als Gliedes oder Vertreters einer geistlichen Gemeinschaft, in *res sacrae* verwandelt werden. Wo die *publica autoritas*, die *publica dedicatio* fehlte, da war auch kein *sacrum*. Es war dies ein natürlicher Ausfluss der antiken Auffassung der Religionen als Staatsinstitute, nicht als besondere Angelegenheit der zu einer neben dem Staate stehenden durch Glauben und Leben zusammengehaltenen Gemeinschaft verbundenen Menschen. Daher heisst es in l. 6 §. 3 *D. 1, 8*: *Si quis ergo privatim sibi sacrum constituerit, sacrum non est, sed profanum*. Der allgemeine Ausdruck *sacrum* bezeichnet eben alle jene zum beständigen Gebrauch beim Gottesdienst bestimmten Gegenstände. Niemand also konnte dadurch, dass er aus eigener Machtvollkommenheit ein Opfergeräth im Tempel aufstellte, um es der Gottheit zu weihen, oder indem er dasselbe den Priestern des Tempels tradirte, es zu einer *res sacra* machen. Ferner wurde z. B. die Stelle, an welcher *sacrificia* (i. e. *sacra privata*) abgehalten waren, (der *locus*, die *ara*) dadurch nicht zu einem *locus sacer*, ja nicht einmal zu einem *locus religiosus*, sondern blieb Dritten und dem ganzen Volke gegenüber *profanus*, während anderseits alle durch einen öffentlichen Priester im Namen des Volkes *publico sumtu* vorgenommenen heiligen Handlungen,

besonders Opfer (*sacrificia publica*), den Ort derselben allerdings consecrirten (*Festus v. Sacer mons, in fine.*)

Diesen *res sacrae* haftet als stete Eigenschaft die *religio* an, welche ihnen in einem besonderen Maasse vermöge ihrer hochheiligen Bestimmung zukommt. Es ist dies, subjectiv ausgedrückt, die heilige Scheu, mit welcher die Römer bestimmten durch ihre religiöse oder sittliche Bedeutung ausgezeichneten und gehobenen Gegenständen oder Verhältnissen gegenübertraten (*Festus v. Religiosum und Religionis*). Der Begriff ist ein sehr weiter; er haftet nicht nur an *res divini juris*, wenn auch an diesen in vorzüglichem Maasse, sondern ebenso an eigentlich rein profanen Verhältnissen des Lebens, wie die citirten Stellen zeigen.

Dieser Begriff führt uns auf die andere Abtheilung der *res divini juris* nach älterem römischem Recht, welche von ihm den Namen hat, auf die *res religiosas*.

§. 4. bb) *Res religiosas*.

Es ist bereits erwähnt, dass *aedes* und sonstige Gegenstände, die dem Gottesdienst angehören, wenn *privati voluntate dedicata*, nicht zu *res sacrae*, ja nicht einmal zu *religiosae* werden. Die *voluntas privati* kann nämlich die *religio* nur einer einzigen Art von Gegenständen mittheilen: den *sepulcra* (s. g. *loci religiosa* im eig. S.); hier hat sie aber auch die volle Wirkung, dieselben zu *res extra commercium* zu machen.

Die Erfordernisse der Entstehung eines *locus religiosus* sind: 1. Eine wirklich geschehene *illatio mortui* in einen Begräbnisplatz. Die Römer hatten öffentliche Begräbnisplätze, gleich den unserigen, nur für die armen Volksklassen, im übrigen nur *privata sepulcra extra urbem, in praediis* (l. 5 *D. de relig.* 11, 7; l. 3 §. 5 *D. de sep. viol.* 47, 12), Privatbegräbnisse, welche man auf eigenem Grund und Boden für sich allein oder für sich und seine Familie, seine Erben errichtete (l. 4 *med. D. de religios.*) — 2. Die *illatio* muss durch die dazu berechtigten Personen geschehen sein. Diese sind: a. Die Erben des Verstorbenen (l. 6 *pr. D. eod.*, *Gaj. II, 6*) unter Umständen auch andere Personen

als *negociorum gestores* der Erben (*l. 4 h. t.*) b. Dritte, denen die Bestattung auf fremdem Grund und Boden in Ermangelung eines eigenen Begräbnisplatzes des Verstorbenen gestattet worden ist (*arg. l. 2 §. 9 l. 41 l. 6 D. de religios. 11, 7*). Ohne diese Genehmigung kann durch die *illatio* ein *locus religiosus* nicht entstehen. Sie kann der Handlung aber nachfolgen; doch darf alsdann der Eigenthümer von dem unbefugt Handelnden den vollen Werth des durch die *sepultura* und Verwandlung in eine *res religiosa* geschmälernten Grundes und Bodens verlangen; es wird wie ein Kauf behandelt, daher von einem *pretium* die Rede ist (*l. 7 pr. D. eod.*) Der Eigenthümer hat die Wahl zwischen einer auf Erlegung dieses *pretium* gerichteten *actio in factum*, und der Aufforderung an den Gegner *ut tollat quod intulit*. Diese Beseitigung kann er, wenn die private Aufforderung fruchtlos bleibt, endlich mit obrigkeitlicher oder priesterlicher Genehmigung selber vornehmen (*l. 8 pr.*) So müssen wir die Worte der *l. 7 pr.* verstehen: *Is qui intulit mortuum in alienum locum, aut tollere id quod intulit, aut loci pretium praestare cogitur per in factum actionem etc.*, und nicht etwa von einem Wahlrecht des Beklagten, worauf die Worte ebenfalls hinleiten könnten; denn ein solches würde das Verbotungsrecht des Grundeigenthümers gänzlich illusorisch machen.

Aus dieser sehr gewöhnlichen Art der Begründung der *loca religiosa* (*cf. l. 5 h. t.*) erklärt sich nun leicht die rechtliche Bedeutung, welche die Römer ihnen beilegten. Wenn ein Verstorbener in seiner eigenen Erde, an einer Stelle, die er letztwillig vielleicht selber auf seinem Grundstück dazu bestimmt hatte, beigesetzt war, so betrachtete man sein Eigenthum an dieser Stätte gleichsam noch über den Tod hinausreichend. Doch wurde nun natürlich nicht mehr der Todte selber als Eigenthümer gedacht, sondern sein Schatten, die *dii manes*, denen man ähnlich wie den *diis superis* menschliches Wesen andichtete (*Gaj. II. 4*). Daher heisst es in der interessanten *l. 4 med. D. h. t.*: *Naturaliter enim videtur ad mortuum pertinere locus in quem infertur: praesertim si etc.* Vgl. auch *l. 4 init. C. de sep. viol. 9, 19: sepulcra, domos, ut*

ita dicam, defunctorum. Diese religiöse Anschauung, welche übrigens durchweg, auch wenn der Todte nicht *in suum locum*, sondern *in locum heredis sepelientis infertur*, sich geltend macht, hat die rechtliche Folge, dass die betreffende Stelle als aus dem Eigenthum der Lebenden (der Erben und aller Dritten) ausgeschieden betrachtet wird, sobald die erste *illatio* wirklich stattgefunden hat. Dasselbe gilt für die *monumenta* und *ornamenta* an den Grabstätten (*l. 2 D. de sep. viol. 47, 12*). Die *religio deorum manium* verbietet ein jedes Eigenthum der Lebenden neben dem des Todten. Daher kommt es auch, dass von einer *communio* mehrerer Miterben an einem *sepulcrum* und von einer Ausdehnung der *actio familiae herciscundae* auf dasselbe nicht die Rede sein kann (*l. 30 D. fam. herc. 10, 2*).

Jedoch das *jus sepulcri et monumenti* oder *religionis exercendae*, d. i. das *jus inferendi* ist ein auf die Erben des ersten Begründers *jure hereditario* übergehendes, auf dem ursprünglichen Eigenthum an dem Grunde und Boden beruhendes Recht. Geht es auf mehrere Erben zugleich über, so steht es einem jeden *in solidum* zu; *l. 18 §. 2 D. fam. herc. 10, 2. l. 6 §. 4 D. de div. rer. 1, 8. l. 4 C. de relig. 3, 44*. Es vererbt in folgender Weise: 1. bei *sepulcra familiaria* (*l. 5 D. de relig. 11, 7*) auf alle Agnaten, sie mögen Erben sein oder nicht; auf Cognaten und Affinen nur sofern sie zu Erben eingesetzt sind. 2. bei *sepulcra hereditaria* auf alle Erben, auch *extranei*. Cf. *l. 4. 8. 13 C. eod. 3, 44*.

Der erzeugende Grund der *religio* und folgeweise der Unfähigkeit zum *commercium* ist also die heilige Scheu vor dem vermeintlichen Anrecht der Manen der Verstorbenen; der rechtliche Grund des vererblichen *jus religionis exercendae* ist das Privateigenthum des ersten Begründers des *sepulcrum* an dem *fundus* oder *ager*, worauf es errichtet ist. Trotz dieses *jus sepulcri* aber betrachtet das römische Recht die *loca religiosa* als vollständig *humano juri exempta* (§. 2 *J. de inutil. stip. 3, 19 (20)*). Es sieht jenes Recht nicht als ein dingliches Recht an dem *sepulcrum*, als ein Element des Eigenthums an, das von dem Eigenthumsganzen nach der *illatio mortui* noch übrig geblieben wäre und als Vermögens-

theil in gewöhnlicher Weise vererbte, sondern als eine durchaus persönliche, untheilbare und unabschätzbare Befugniß der Agnaten oder Erben des ersten Begründers.

Aus dem angegebenen Rechtsgrunde des *jus sepulcri* erklärt es sich, warum in *provinciali solo* durch *mortui illatio* eigentliche *loca religiosa* mit *jus sepulcri* nicht entstehen konnten (Gaj. II, 8). Denn der Grund und Boden in den Provinzen wurde als Eigenthum des römischen Volkes betrachtet. Da aber gleichwohl der Grundbesitz factisch dem Eigenthum analog sich darstellt, so wurden auch hier die *sepulcra* und *monumenta* denen in *Italico solo* rechtlich gleich behandelt (Gaj. eod.)

Werfen wir nun noch einen Blick auf die rechtlichen Schutzmittel der *res sacrae* u. *religiosae*. Hinsichtlich der *res sacrae* ist es dem entwickelten materiellen Rechtsverhältniss ganz entsprechend, dass Privatklagen zu ihrem Schutz nicht existiren. Die Abwehr von Verletzungen ist gesichert:

1. Durch Strafgesetze über gewinnsüchtige Verletzung von *res sacrae* (*sacrilegium*). Dies wird begangen durch Diebstahl an einer von den Pontifices für den öffentlichen Cultus geweihten Sache. Dieser ist im Unterschied vom gewöhnlichen *furtum* den strengsten Capitalstrafen unterworfen. Vgl. l. 6 pr. l. 9 pr. §. 1 D. ad. L. Jul. pecul. 48, 13. Doch musste sowohl die Sache, wie der Ort, von wo sie entwendet war, *sacer* gewesen sein (l. 5 l. 9 §. 1 h. t.) Dies Delict war noch dadurch ausgezeichnet, dass nicht auf Privatanklage gewartet wurde, sondern der *praeses provinciae* ex officio eine Untersuchung eröffnen sollte (l. 4 §. 2 l. 6 pr. D. h. t.).

2. Unheilige Handlungen anderer Art an *res sacrae* unterliegen a) dem Officialeinschreiten der *aeditui* (l. 1 §. 3 D. ne quid in loco s. 43, 6, cf. §. 2 J. de tutel. 1, 13; Festus s. v. *Aedituus*). b) einem Popularinterdict prohibitorischer Art*) (l. 1 pr. D. 43, 6). —

Bei den *res religiosae* finden 1) Privatklagen statt, wegen des *jus sepulcri*. Eine Verletzung desselben durch Dritte

*) Puchta, Cursus der Institutionen II, S. 497.

erzeugt aber nicht eine *negatoria actio* (denn die Römer betrachten das *jus sepulcri*, wie schon erwähnt, nicht als dingliches Recht, als Element des Eigenthums, können daher auch auf seine Verletzung keine Eigenthumsklage setzen), sondern nur eine praetorische *actio in factum* (l. 2 §. 1. 2. l. 7 pr. *D. de relig.*). Ebenso begründet die Verhinderung des Inhabers des *jus sepulcri* an dessen Ausübung gegen den Hindernden nicht eine *negatoria actio*, sondern ein besonderes Interdict *de mortuo inferendo* (Tit. *D.* 11, 8), welches auch dem zusteht, dem das *jus inferendi* von dem Berechtigten verliehen ist (l. 8 §. 5 *D. de relig.*). Entweihungen und Zerstörungen der Grabstätten berechtigen zu der infamirenden *actio de sepulcro violato*, welche zunächst *ei ad quem res pertinet* (Eigenthümer, Erbe) als Privatklage zusteht und auf das Interesse gerichtet ist l. 1 l. 3 pr. §. 8 *D. de sep. viol.* 47, 12). 2) Die *actio de sepulcro violato* als Popularklage, wenn niemand der zunächst Berechtigten sie anstellt, l. 3 §. 10. 12 *D. eod.* 3) Eine *ex officio* (abgesehen von einer Privatanklage) einzuleitende criminelle Bestrafung des *crimen violati sepulcri*, d. h. jeder Störung der Integrität der Grabstätte und des Friedens der Todten; l. 3, 4, 5. *C. de sep. viol.* 9, 19. Nach l. 5. *cit. in f.* ist die Strafe des *sacrillegium* darauf ausgedehnt.

Beide, die *res sacrae* und *religiosae*, sind nun zugleich *sanctae* (*Festus v. Sanctum*), d. h. sie stehen unter dem Schutz heiliger Gesetze, welche ihre Misachtung strenge ahnden (*sancire poenas*), wie wir soeben angegeben haben. Die κατ' ἐξοχήν *sanctae* genannten Gegenstände l. 8 l. 9 §. 3, 4 l. 11 *D. de div. rer.*) haben nur dies mit ihnen gemein, sind übrigens weder *divini juris*, noch auch als solche *extra commercium*.*)

Dies sind die wesentlichen Grundzüge des klassischen noch von den heidnischen Vorstellungen des Alterthums getragenen Rechts der *res sacrae* und *religiosae* (*divini juris*). Das Recht Justinians ist trotz des damals schon Jahrhunderte

*) Wächter, Württemberg. Privatrecht II. S. 285, Note 16.
Göschel, Vorlesungen über d. gem. Civilrecht I. S. 222.

lang öffentlich anerkannten Christenthums in dieser Materie noch wenig von demselben beeinflusst; die wenigen von ihm und den übrigen christlichen Kaisern herrührenden Modificationen im christlichen Sinne schliessen sich richtiger der Darstellung des heutigen Rechts der *res sacrae* u. *religiosae* an, welches, wie unten sich zeigen wird, auf durchweg verschiedenen Grundlagen erbaut ist.

§. 5. cc.) *Venena mala, libri prohibiti.*

Zu den gänzlich dem Privatrecht entzogenen Gegenständen gehören nebenbei auch noch:

1. Gifte, welche nicht als Heilmittel (*venena bona*), sondern als Mittel zu Mordanschlägen feilgehalten werden: *l. 236 pr. D. de v. s. 50, 16.* Wir haben darüber folgende Bestimmungen: *a.* Das Haben und Feilbieten ist bei Capitalstrafe verboten; sie sollen in niemandes Besitz sich befinden; *l. 3 pr. bis §. 3 D. ad L. Cornel. de sicar. 48, 8.* Daher ist auch jedes über sie geschlossene Rechtsgeschäft unbedingt nichtig: *l. 35 §. 2 D. de contrah. emt. 18, 1.* —

b. Venena mala, welche sich in einem Nachlass bei der Erbtheilung vorfinden, sollen sofort vernichtet werden; *l. 4 §. 1 D. fam. hercisc. 10, 2: haec enim protinus corrumpenda sunt.*

2. Dieselbe Vorschrift betrifft die in einer hinterlassenen Erbschaft vorgefundenen verbotenen Bücher; *l. 4 §. 1 cit. cf. Pauli R. S. V. 23 §. 18; 21 §. 3. 4: libros magicae artis; mathematicorum et vaticinatorum libri.* Auch hier findet also eine vollständige Ausschliessung alles und jeden Rechts irgend einer Person statt. Ihre sachliche Beziehung sowie ihre grosse Strenge ist eine dem römischen Recht eigenthümliche Erscheinung. —

Was die Folge der vollständigen Ausschliessung aller Privatrechte an den bisher behandelten Gegenständen betrifft, so können wir hier kurz die allgemeine Bemerkung anticipiren, dass alle und jede auf solche Rechte bezügliche Verträge nichtig sein müssen (§. 11).

b. Partiell extracommerciale Sachen.

aa) Die *res in publico usu*.

Zu den nicht gänzlich dem Verkehr entzogenen Sachen gehören nach der im §. 2 gegebenen Ordnung zunächst als Hauptklasse diejenigen, an denen einzelne Rechte allen Privatrechtssubjecten nicht zustehen.

Dies betrifft nun die wichtige Klasse der sogenannten *res publicae* (*in publico usu, publicis usibus destinatae*). Dazu gehören die *flumina publica*, die *viae publicae*, die *muri ac portae urbis*, und die *loca publica*. Allen diesen Gegenständen wohnt die besondere Bestimmung bei, gewissen allgemeinen Bedürfnissen und überhaupt der Bequemlichkeit des Publicums in verschiedener Weise, unmittelbar oder mittelbar (wie die *muri ac portae* d. h. die Festungswerke der Stadt) zu dienen (*l. 83 §. 5, l. 137 §. 6 D. de v. o. 45, 1.*) Eine Folge dieser ihnen durch die Natur oder menschliche Anordnung verliehenen Bestimmung ist es, dass zwar nicht das Eigenthum im allgemeinen, aber doch alle diejenigen Rechte, genauer die Ausübung aller derjenigen Rechte, welche dieser Bestimmung zuwiderlaufen, sie vereiteln würden oder könnten, ausgeschlossen sind; in soweit also eine Extracommercialität dieser Gegenstände eintritt. *) Die übrigen hierdurch nicht betroffenen Rechte dagegen bleiben in voller Kraft bestehen. Inwieweit solche stattfinden, beurtheilt sich lediglich theils nach allgemeinen Grundsätzen, theils nach der besondern Beschaffenheit der einzelnen hierher gehörigen Objecte.

§. 5. a) Die *flumina publica*.

Ihr Begriff ergiebt sich aus *l. 1 §. 1—3 D. de fluminibus 43, 12 cf. l. 4 §. 1 D. de div. rer.* und *§. 2 J. eod. **)* Entscheidend ist der *§. 3* der *l. 1 cit.*:

*) Gösch en, Vorlesungen über d. gem. Civilrecht I. §. 72.

**) *Flumen*, fließendes Gewässer, im Gegensatz zu der *aqua profluens*, dem Wasser an sich, welches zu den *res communes* gehört. Da das Gewässer den Boden nach sich zieht, so ist der Boden eines *flumen perenne* ebenfalls *publicum l. 1 §. 7 de flum. 43, 12*). Vergl. auch das unten S. 77 angeführte Urtheil bei Seuffert XI. 16.

Publicum flumen Cassius esse definit, quod perenne sit.

Hiernach sind alle *flumina perennia h. e. omnia quae perenne fluunt*, öffentlich *). Vielfach hat man nun noch ein zweites Erforderniss eines *publicum flumen* im römischen Recht statuirt wissen wollen: nämlich eine gewisse Grösse, ein Begriff, der freilich relativ sei, indem die Anschauung der Anwohner des fraglichen Gewässers über dessen Flussqualität entscheiden müsse. Man beruft sich auf *l. 1 §. 1 h. t.* **) Hiernach seien die *rivi* (Gewässer welche jene Grösse nicht besitzen, wenngleich sie *perennes* sein mögen) so gut wie die *torrentes* von den öffentlichen Flüssen zu unterscheiden; sie stehen im Privateigenthum der Anlieger. Diese Ansicht erweist sich aber als unhaltbar. Denn

1. Der §. 1 enthält keinen Rechtssatz, sondern nur eine sprachliche Bemerkung zur Erläuterung des vorhergehenden Wortes *flumen*. Dasselbe bedeutet dort „Fluss“ im gewöhnlichen Sinn, auf welchen allein das *interdictum de fluminibus* ursprünglich berechnet war (*l. 1 §. 12*); weiterhin kommt es auch in anderen Bedeutungen vor. Es ist nicht möglich, in dieser gänzlich unbestimmten Fassung einen Rechtssatz über einen so wichtigen Punkt zu finden; es ist nur eine Erläuterung des Sprachgebrauchs. Eine genauere Bestimmung aber des angeblichen Unterschiedes zwischen *rivus* und *flumen* kommt nirgends vor.

2. Alle Rechtsbestimmungen, welche das Interdict ursprünglich für die *flumina* (Flüsse) erliess, sind weiterhin auf sämtliche, grosse und kleine, fliessende Wasser übertragen worden (*l. 1 §. 12 l. 2 h. t., l. 1 §. 2 D. ne quid in flum. 43, 13*).

3. Andererseits finden sich über das angebliche Privateigenthum der Anlieger an *rivi* in diesem Sinne nirgends

*) Börner im Archiv f. d. civ. Pr. Bd. 38 S. 149 ff. Heimbach in Weisske's Rechtslexicon Bd. 14 S. 86 ff. Kori im Archiv Bd. 18 S. 50, Note 42.

**) Dieser Ansicht sind z. B. Funke, Archiv Bd. 12 N. 15 u. 21 — Elvers Themis N. F. I, 3.

Rechtsbestimmungen. Die *rivi* des *tit. D. 43, 21* sind künstliche Gräben mit Wasserleitung (*l. 1 §. 2 D. h. t. l. 6. D. fin. regund. 10, 1*), und diese sind allerdings *privati juris, flumina privata*. *)

Aber was bedeutet denn das *flumen privatum* im §. 4? Hier ist zu erinnern, dass *flumen* nicht immer, wie im *pr. h. l.*, Fluss im eigentlichen Sinn (z. B. Tiber, Rhein) bedeutet, sondern noch in mehreren anderen Anwendungen vorkommt, von denen diejenige als *id quod fluit*, eine fließende Wassermenge, also auch Quelle, Brunnen, im Gegensatz zu *lacus* und *stagnum* hier wohl in Betracht kommen kann. Es kann hier also sehr wohl eine auf einem Privatgrundstück entspringende Wassermenge gemeint sein, welche, sofern sie dort allein zur Verwendung kommt, (zur Bewässerung, als Trinkwasser) als *pars agri* natürlich im Eigenthum des *dominus fundi* steht. Daher „*nihil differt a ceteris locis privatis privatum flumen.*“

Es giebt also im römischen Recht nur einen Gegensatz zwischen *flumen publicum* und *torrens* (nicht *perenne* fließendes, zeitweise trocken liegendes Gewässer), nicht einem Gegensatz zwischen *flumen publicum* und *rivus*, indem letzterer niemals ein *flumen privatum*, welches vom *publicum* sich lediglich durch seine Grösse unterscheidet, sondern etwas damit gar nicht vergleichbares bezeichnet. Oeffentliche Flüsse sind demnach nach römischer Anschauung alle beständig fließenden Gewässer.

Um nun zu wissen, welche Rechte Privatpersonen an einem *publicum flumen* zustehen können und welche ausgeschlossen sind, haben wir zunächst die Frage zu beantworten, inwieweit und welche Privatberechtigungen an und für sich, ganz abgesehen von der öffentlichen Bestimmung, dem *usus publicus* der fließenden Gewässer, ein *flumen* zum Object haben können. Hier handelt es sich zuerst um die allgemeine Frage: Steht ein *flumen publicum* überhaupt im civilrechtlichen Eigenthum?

Nach der noch jetzt herrschenden, auf das römische

*) Vergleiche über das Bisherige die ausführliche Entwicklung bei Börner und Heimbach a. a. O.

Recht gestützten Ansicht sind diese Gewässer Eigenthum des Staats *), eine Anschauung, welche in ihrer Bezeichnung als *publica* allerdings eine Unterstützung zu finden scheint. Es ist hier zunächst die Bedeutung des Wortes *publicum* zu prüfen.

Allerdings kommt *publicum* zur Bezeichnung des Staatseigenthums in unsern Quellen häufig vor. So heisst es in *l. 14 pr. D. de a. r. d. 41, 1*: *Nam litora publica non ita sunt ut ea quae in patrimonio sunt populi*. Hier ist *publicum* = *res aerarii, fiscales* (*res publicae* in diesem Sinn). Ferner in *l. 6 pr. D. de contr. emt.*: *publica quae non in pecunia populi sed in communi usu habeantur*. *Publicum* bedeutet also:

a. wirkliches Privateigenthum des Staats. So z. B. in der Zusammenstellung mit *ager*: das den Feinden des römischen Volkes abgenommene Gebiet verwandelte sich in römisches Staatseigenthum (*l. 11 §. 1 D. de publican. 39, 4*), welches unter den Principes allmählich in kaiserliches Eigenthum überging. Von diesen *res publicae* wird gesagt, dass sie *in patrimonio, in pecunia populi* seien und in *l. 15 D. de verb. sign. 50, 16* heissen sie *bona*, wie das Vermögen einer jeden Privatperson. Sie umfassen alle diejenigen Vermögensobjecte und Vermögensrechte, welche dem Staate, als *fiscus* gedacht, zur Befriedigung der ihm eigenthümlichen Bedürfnisse, ganz wie ein Privatvermögen einer einzelnen Person zur Befriedigung ihrer Privatbedürfnisse, zustehen. Als unter den Censoren die Bedeutung der *pecunia populi* mehr und mehr in die eines kaiserlichen Vermögens (*fiscus*) überging, wurde der Gedanke, dass das Staatsvermögen Eigenthum des römischen Volks, d. h. der *res publica* sei, als Fiction immer noch aufrecht erhalten (*l. 15. 16 D. de verb. sign. 50, 16*).

Es bedeutet b. *quod in publico usu est*. Diese Bedeutung erkennen wir aus dem *§. 2 I. de rer. div.*: *Flumina publica sunt. Ideoque jus piscandi omnibus commune est*. Cf. *l. 2 §. 5 D. ne quid in loco publ. 43, 8*: *Ad ea igitur loca hoc I.*

*) Diese Ansicht ist schon alt; cf. H. Grotius: *De jure belli et pacis* II., 3, 9. — Günther: *De jure aquarum spec.* 1—5, und die meisten Romanisten unserer Zeit,

pertinet, quae publico usui destinata sunt. — *Publico usui relictum* ist, was der Benutzung aller Staatsbürger (*cujusvis ex populo*, l. 2 *D. ne quid in l. p.* 43, 11, Ausländern zunächst nicht) offensteht.

c. In einem noch weitern Sinn steht unser Wort in der *cit. l. 14 D. de a. r. d.*, wo die herrenlosen occupirbaren Gegenstände *publica* genannt werden. Ja es erscheinen sogar die sogenannten *res communes*, welche gar keine Sachen im juristischen Sinne sind, als *publicae*.

Es ergibt sich hieraus, dass *publicus* im römischen Recht sich sehr verschiedener Bedeutungen erfreut, und namentlich dass es durchaus nicht immer Staatseigenthum bezeichnet. Demnach darf aus dem blossen Namen der *publica flumina* kein Schluss auf ein Eigenthum des Staats gezogen werden.

Vielmehr scheint aus folgender einfacher Betrachtung die Nichtexistenz eines solchen schon genügend hervorzugehen. Weder ein Privatmann noch der Staat als Vermögenssubject, welche beiden Personen in vermögensrechtlicher Beziehung, wenigstens so weit diess hier in Frage kommen kann, sich ganz gleichstehen, können an einem *flumen publicum* privatrechtliches Eigenthum erwerben. Von einer Tradition kann keine Rede sein, da sie einen schon vorhandenen Besitz voraussetzt; ein Besitz aber könnte ursprünglich doch nur durch Occupation entstanden sein; eine Occupation jedoch ist nicht als möglich anzunehmen. Wir reden hier zunächst vom *flumen* im eigentlichen Sinn (*= id quod fluit*). Der Begriff des Besitzes ist auf dies Flussganze deshalb gar nicht anwendbar, weil dasselbe gleich dem Meere ein stets wechselndes, nie greifbar sich fixirendes, unbestimmtes Ding ist. Was aber das Flussbett (*alveus*) betrifft, so ist bei einem *flumen perenne* nur wenn der Fluss sein Bett verlassen hat, eine Occupation, und nur so lange diese Trockenlegung anhält, ein dauernder Besitz denkbar, dann aber ist eben das *flumen* nicht mehr vorhanden.

Auch haben wir ganz bestimmte und klare Aussprüche römischer Juristen, welchen die Annahme eines *dominium publicum* an den öffentlichen Flüssen direct zuwiderlaufen

würde. Man vergleiche nur *l. 1 §. 6 D. de flumin.* über die *insula in publico flumine nata*, welche nicht etwa Staatseigenthum wird, sondern dem Occupanten oder den Anliegern zufällt; ferner *l. 1 §. 7 eod.* die analoge Bestimmung über den *alveus derelictus*. Wie wären diese Rechtssätze denkbar gewesen, wenn dem Staat das Eigenthum am Fluss zugestanden hätte! Dasselbe hätte, wenn es überhaupt existirte, gerade dann unbeschränkt hervortreten müssen, wenn der Staat, wie in diesen Fällen, in die Lage kam, ohne Störung durch einen *usus publicus* irgend welcher Art, frei und ungehemmt dasselbe zu geniessen.

Diesen Zeugnissen gegenüber kann auch nicht die scheinbar das Gegentheil sagende *l. 1 pr. D. de interdict.* 43, 1 in Betracht kommen, auf welche sich die entgegengesetzte Ansicht stützt. Die einschlagenden Worte lauten: *Quae (sc. res hominum) sunt alicujus, hae sunt aut publica aut singulorum. Publica (sc. interdicta), de locis publicis, de viis deque fluminibus publicis.* Die Stelle ist von Ulpian, von dem auch die vorher angeführten Rechtssätze über die *insula nata* und den *alveus derelictus* herrühren, welche das gerade Gegentheil von dem in diesen Worten angeblich Gesagten aussprechen. Um so geneigter muss man sein, den Widerspruch als einen nur scheinbaren aufzufassen und eine Lösung zu versuchen. Diese Lösung ergibt sich denn auch leicht, wenn man bedenkt, dass *hae quae sunt alicujus* (im Gegensatz zu *hae quae nullius sunt*) durchaus nicht etwa nur solche Sachen sind, an denen stets jemandem das volle *dominium* zusteht, sondern überhaupt alle *res* im juristischen Sinn, d. h. alle Gegenstände bezeichnet, an welchen einer Person Vermögensrechte irgend einer Art zustehen, oder welche Bestandtheile eines Vermögens bilden können, im Gegensatz zu Körpern, bei welchen dies nicht der Fall ist und welche deshalb gar nicht zu den Sachen im juristischen Sinn gerechnet werden. Diese *res quae sunt alicujus* zerfallen nun in solche, an denen jeder *civis* als Glied des *populus Romanus* solche private Vermögensrechte erwerben und haben kann (*publica*, was ja, wie oben auseinander-gesetzt, nicht immer Staatseigenthum, sondern auch *res in*

publico usu bezeichnet), und in solche, in Beziehung auf welche diese rechtliche Fähigkeit ausschliesslich einer einzelnen bestimmten Person vorbehalten ist (*res singulorum*). Unter die erstere Klasse fallen aber die *flumina publica* ohne Zweifel, wie wir jetzt näher erkennen werden.

Es entsteht nämlich jetzt die weitere Frage, ob, wie die volle Unterwerfung unter eine individuelle menschliche Herrschaft, welche wir Eigenthum zu nennen pflegen, so auch alle einzelnen Befugnisse privatrechtlicher Art an öffentlichen Gewässern ausgeschlossen sind? Müsste diese Frage schlechthin verneint werden, so gehörten die Flüsse nicht in diese Kategorie der *res extra commercium*, ja überhaupt nicht zu den *res* im privatrechtlichen Sinne; sie wären dann *res quae sunt nullius* im Sinne der *l. 1 pr. D. de interdict.*, nicht *res quae sunt alicujus*. Wir dürfen aber behaupten, dass an der Gesamtheit des Gewässers allerdings einer Privatperson ausschliessliche vorzugsweise Nutzungsrechte, also wahrhafte Privatberechtigungen zustehen können. Dergleichen werden an vielen Stellen der Pandecten erwähnt und ihr Ursprung theils auf unvordenkliche Verjährung, theils auf obrigkeitliches Privilegium zurückgeführt. Die klarsten Stellen sind folgende:

l. 1 §. 41, 42 D. de aqua cot. 43, 20: Permittitur autem, aquam ex castello vel ex rivo vel ex quo alio loco publico ducere. Idque a Principe conceditur: alii nulli competit jus aquae dandae.

l. 3 §. 4 eod. Ductus aquae (ex flumine publico, wie §. 3 zeigt) cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur.

l. 17 D. de servit. praed. rust. 8, 3: Imperatores rescripserunt, aquam de flumine publico pro modo possessionum ad irrigandos agros dividi oportere: nisi proprio quis jure plus sibi datum ostenderit. — cf. l. 2 D. de flumin. 43, 12.

Hier greift nun aber die Bestimmung der Flüsse zum öffentlichen Gebrauch ein, und es ist ein Satz des römischen Rechts, dass solche Privatberechtigungen nur in so weit entstehen können oder ertheilt werden dürfen, als sie den sehr umfassenden, von Natur bestehenden *usus publicus* nicht beein-

trächtigen oder zerstören; *l. 1 §. 12, l. 2 D. 43, 12, l. 17 cit. in fin. D. de s. pr. r.: aquam ita demum permitti duci, si sine injuria alterius id fiat.* In dieser grossen Beschränkung der Privatberechtigung durch den privilegierten *usus publicus* besteht gerade die theilweise Extracommercialität der öffentlichen Flüsse.

Der *usus publicorum fluminum* müsste, streng genommen, nicht nur ein *publicus*, sondern ein *communis*, d. h. ein für alle Menschen, nicht blos für die Staatsbürger, erlaubter sein, da er nicht, wie bei den *viae* und *loca publica*, auf gesetzlicher Anordnung, sondern auf natürlicher Bestimmung beruht. Allein das römische Recht lässt doch nur einen *publicus usus* für die *cives Romani* zu, um diese zu begünstigen; es stellt die *fl. publ.* hierin ganz den *viae publ.* gleich (*l. 24 init. D. de d. i. 39, 2*). Zu einer solchen Anordnung hat jeder Staat natürlich ein Recht, da die grössten Ströme, wenn auch keinem Privateigenthum, so doch dem *imperium* des Staates stets unterworfen sind. —

Dieser, die passive Rechtsfähigkeit der *flumina* beschränkende *usus publicus* ist nun ein sehr verschiedenartiger. Vor allem nimmt den ersten Platz ein die Benutzung zu Verkehrsstrassen für Schiffe und Flösse (*l. 1 pr. §. 19 D. de flumin.*) Nicht unwichtig ist ferner das *jus piscandi* (§. 2 *J. de rer. div.*, *l. 13 §. 7 D. de injur. 47, 10*), überhaupt das Recht der Occupation aller *res nullius* in oder an einem *publicum flumen*. Man wird also Eigenthümer der Muscheln, Steine und Pflanzen, die man im Fluss oder am Ufer *animo domini* in Besitz nimmt. Das Flussufer ist hier nicht im Sinne des § 4. *J. de rer. div.*, sondern nach Massgabe der *l. 3 §. 1 D. de flum. 43, 12* zu verstehen: *Ripa ea putatur esse quae plenissimum flumen continet* (*cf. l. 112 D. de v. s. 50, 16*). Endlich kommt die Benutzung zum Baden, Schwimmen, Waschen, Tränken des Viehes u. dergl. in Betracht.

Den öffentlichen Flüssen stehen in Beziehung auf den öffentlichen Gebrauch die *portus publici* und die übrigen fliessenden Gewässer, die *lacus, fossae, stagna publica* gleich, §. 2 *J. de rer. div.*, *l. 1 pr. §. 6 D. ut in fl. publ. navig. 43.*

14, l. 1 §. 8 *D. de flumin.* 43, 12. Die letzteren drei sind nach den citirten Stellen besonders dann *publica*, wenn sie mit einem öffentlichen Fluss derart in Verbindung stehen, dass dieser durch sie seinen Durchfluss hat, oder wenn der Canal (*fossa*) zwei öffentliche Flüsse verbindet. Was dagegen die häufig in diesem Zusammenhang noch erwähnten *litora publica* betrifft, so bedarf es hierüber noch einer besondern Bemerkung.

Die *litora maris* sind von Haus aus keine *res* in unserem Sinne; sie werden zu den *res communes* gezählt, welche sämmtlich nicht nur völlig *extra commercium*, sondern überhaupt jeder menschlichen Gewalt entzogen sind, daher auch nicht zu den *res quarum commercium non est* im eigentlichen Sinn gehören und demzufolge von unserer Betrachtung ausgeschlossen geblieben sind (vergl. Einleitung bei Note *). Begreiflich ist nun aber, dass, sobald die im Bisherigen vorausgesetzte Beschaffenheit der *litora maris* durch ein Zurückweichen der See dergestalt sich ändert, dass es möglich wird, am Strande zum Zweck der Errichtung von Molen und Dämmen oder des Fischfangs gewisse dauernde Anstalten zu machen, das so dem Meere abgewonnene *litus* eine *res in commercio* wird. Zwar wird es auch nach dieser Metamorphose noch *publicum* genannt, aber nicht in dem Sinne, wie die *publica flumina* zur Bezeichnung einer *res extra commercium*, sondern in der ganz verschiedenen oben bereits erwähnten Bedeutung von herrenlos, *quod occupanti cedit*. Cf. die cit. l. 14 pr. *D. de a. r. d.* 41, 1. Die *litora publica* gehören also auch in dieser Gestalt nicht in unsern Betrachtungskreis.

Den *flumina publica* gleich sind auch an den *ripae fluminum navigabilium* jedem Eigenthümer gewisse, wenn auch nur negative Rechte, nämlich einzelne im Eigenthum an sich enthaltene Verbiethungsrechte, zu Gunsten des *usus publicus* entzogen; §. 4 J. 2, 1, l. 30 §. 1 *D. de a. r. d.* 41, 1. Die *ripae* sind hier nicht, wie vorhin, als Theile der *flumina* zu verstehen, sondern als *partes agrorum adjacentium*. Trocknet der Fluss aus und erlischt folgeweise der *usus publicus* an demselben, so hat auch der davon unzertrennliche *usus*

publicus an den *ripae* (Leinpfad, Abladeplatz) ein Ende, und deren Eigenthümern fällt das vollständige Verbotungsrecht jeder fremden Disposition wieder zu (*l. 30 cit.*).

§. 7. B.) Die *viae publicae* und übrigen *loca publica*.

I. Es giebt *viae publicae*, d. h. solche Wege oder Strassen, auf denen jedermann soll gehen, reiten und fahren dürfen, und *viae privatae*, auf denen dies nur dem Eigenthümer zusteht (*Festus v. Viae*).

Als Princip der *viae publicae* in diesem Sinne ist voranzustellen, dass alle diejenigen Rechte, welche der Bestimmung der öffentlichen Wege, als allgemeine Verkehrsstrassen zu dienen, Abbruch thun würden, der Ausübung nach für jedermann ausgeschlossen sind; während sofern eine solche Collision nicht stattfindet, Rechte daran beliebig geübt, erworben und übertragen werden können.

Daraus ergibt sich: das Eigenthum im allgemeinen am *solum* der *via publica*, die *nuda proprietas*, ist keineswegs ausgeschlossen, sondern kann einem jeden Privatrechtssubject, dem *populus*, einer *civitas*, einem einzelnen *civis* zustehen; *l. 2 §. 21—23 D. ne quid in loco publ. 43, 8*, besonders *verb.*: *Viae privatae solum alienum est, jus tantum eundi et agendi nobis competit: viae autem publicae solum publicum est, relictum cet.* Ferner ist die Ausübung derjenigen im Eigenthum enthaltenen Befugnisse welche den Verkehr des Publikums nicht erschweren oder hemmen, unbeschränkt. Wir nennen hier nur Beispiele, welche im römischen Recht ausdrücklich erwähnt werden. Wer auf einem öffentlichen Platz ein Gebäude errichtete, musste, vorausgesetzt, dass dasselbe den Gemeingebrauch nicht störte, in welchem Fall es niedergerissen werden sollte, dem Staat für diese Benutzung des Platzes ein Bodengeld (*solarium*) zahlen; *l. 2 §. 17 D. ne quid 43, 8*. Der Staat oder die Gemeinde kann ferner selber *in loco publico*, einschliesslich der *viae publicae*, Bauten errichten, sofern dies den öffentlichen Verkehr nicht hemmt, und diese Bauten auch im Voraus Einzelnen gegen eine einträgliche Abgabe

gestatten; wie es denn bekannt ist, dass im alten Rom eine Menge der sogenannten *tabernae*, in denen verschiedene Gewerbe betrieben wurden, in Vorbauten von den Häusern in die Strasse hinaus, also *in via publica* errichtet, bestanden, wofür die Inhaber derselben dem Staate einen Grundzins zahlten.*) Desgleichen fällt die dem *dominus soli* gebührende Hälfte an dem *in loco publico* gefundenen Schatze so gut wie beim *locus privatus* dem Eigenthümer zu, also nach Umständen dem Fiscus oder einer Privatperson. Cf. l. 3 §. 10 *D. de jure fisci* 49, 14: *Si in locis fiscalibus vel publicis religiosive thesauri reperti fuerint, D. fratres constituerunt, ut dimidia pars ex his fisco vindicaretur*, s. auch §. 39 *J. de rer. div.* 2, 1. Die *loca publica* sind hier solche, welche im Eigenthum des Staats und zugleich *in publico usu*, also *extra commercium*, stehen, wie dies die Gegenüberstellung der *loca fiscalia* ergiebt. Alle diese Befugnisse zusammengenommen sind doch wirklich nicht unbedeutend, und mit Recht hat die römische Jurisprudenz es im Interesse des Gemeinwesens nicht verschmäht, an dem Eigenthum des Staates an den *res publicae* festzuhalten. Am wichtigsten aber ist, dass, sobald der *usus publicus* aus irgend einem Grunde hinwegfällt, das Eigenthum am *solum* der *via*, des *locus publicus* aller Schranken entkleidet wird; und man sollte meinen, allein dieserhalb würde es sich der Mühe verlohnt haben, an dem Eigenthumsbegriff bei den *res publicae* festzuhalten, auch wenn während der Dauer des *usus publicus* derselbe gar keinen reellen Werth gehabt hätte.

Dagegen sind allerdings die negativen Eigenthumsrechte (*jus prohibendi alios*), sowie alle diejenigen positiven Handlungen in Beziehung auf *loca publica* ausgeschlossen, welche den einer jeden einzelnen *res publica* entsprechenden *usus publicus* stören würden, wofür sich Beispiele finden in l. 2 *D. de locis et it. publ.* 43, 7; l. 2 §. 25, 26 *D. ne quid in l. p.* 43, 8; in Betreff der *muri ac portae* finden sich Bestimmungen in der l. 2 und 3 *D. ne quid in loco fiat* 43, 6.

*) Friedländer, Darstellung aus der Sittengeschichte Roms von der Zeit des August bis zum Ausgang der Antonine 1862. Th. I., Cap. 1., cf. auch l. 32 *D. de contr. emt.* 18, 1.

Betrachten wir die einzelnen bei den Römern vorkommenden öffentlichen Wege, so sind hier natürlich am wichtigsten:

a) Die im Eigenthum des *populus Romanus* stehenden Hauptstrassen (*viae publicae in publico usu*).

Ihre Entstehungsgeschichte*) hat, was die Land- und Heerstrassen (*viae rusticae*) betrifft, für uns ein besonderes Interesse, zumal aus derselben der Ungrund der neuerdings ausgesprochenen Ansicht hervorgeht, der römische Staat sei garnicht Träger eines Eigenthums gewesen, so lange noch kein Fiscus im spätern Sinne der Kaiserzeit existirt habe. Nach ältestem Recht war das ganze Territorium der Römer Staatseigenthum, auch die im Privatbesitz der Bürger sich befindenden Grundstücke. Später aber wurde das Privatgrundeigenthum vermittels eines bestimmt beschriebenen Verfahrens aus dem *ager publicus* ausgeschieden. Dies Verfahren war die Limitation, woher die so ausgeschiedenen nunmehrigen Privatgrundstücke *agri limitati* hiessen (l. 1 §. 6 D. de flumin. 43, 12). Die Grenzlinien der durch Messung und Ziehung regelmässiger Linien (*cardines* und *decumani*) entstandenen Grundstücke (*centuriae*), die *limites*, welche übrigens je nach der Anzahl der von ihnen eingeschlossenen Centurien von verschiedener Breite waren, dienten aber nicht bloss als mathematische Linien (*mensuris agendis*), sondern zugleich als Grenzraine von verschiedener Breite, welche dem Privateigenthum entzogen im öffentlichen Eigenthum zurückblieben und *itineribus agendis* dienten.**) Diess sind die *viae publicae* oder *militares in publico usu*.***) Eine Andeutung finden wir auch in der l. 2 §. 21

*) Vergl. Puchta, civilist. Abhandlungen. S. 86–97.

**) Puchta a. a. O. S. 88 flg.

***) Vergl. Puchta, Cursus der Instit. II. S. 503. — Hyginus, de limit. constitut. Unrichtig ist es aber, wenn Puchta die ursprünglich römische Annahme eines Staatseigenthums am Grunde und Boden des ganzen Territorii auch auf den Boden der flumina perennia erstreckt, und auch diese daher als Staatseigenthum ansieht. Sie bezog sich doch wohl nur auf das Territorium, soweit dasselbe in Grundstücken zum Ackerbau bestand, worauf auch der Ausdruck *ager* hinweist.

D. 43, 8: viae autem publicae solum publicum est, relictum ad directum certis finibus latitudinis ab eo qui jus publicandi habuit, ut ea publice iretur, commearetur. Besonders ausgezeichnet unter ihnen sind die *viae consulares* oder *praetoriae*, später *regiae* (βασιλικαί) genannt; Nebenstrassen von untergeordneter Bedeutung sind die *viae vicinales*; *l. 3 §. 1 de locis publ. 43, 7. l. 2 §. 12 D. ne quid 43, 8).*

Die *viae urbanae*, der Boden der städtischen Strassen von Rom (*l. 2 §. 24 D. 43, 8; Tit. .D 43, 10*) stand ebenfalls im Eigenthum des römischen Staates. Ebenso die städtischen Strassen in den durch Confiscation von Grund und Boden und Ansiedelung römischer Veteranen entstandenen Colonien; denn auch hier fand eine Limitation statt, und es bildete der Boden Staatseigenthum (*Cic. in Rullum cap. 3; Dio Cassius 47, 14; 48, 2—8*).

b) Gemeindeseigenthum waren die öffentlichen Wege und Strassen, welche im Gebiet der Municipien und Colonien der älteren Art, in denen Grund und Boden nicht confiscirt war, von diesen angelegt und unterhalten wurden (*publica municipii*): *l. 3 §. 4, l. 5 §. 4 D. quod vi 43, 24, l. 1 § 2 D. de muner. 50, 4*).

In den Provinzen stand der Grund und Boden im Eigenthum des römischen Volkes, also auch alle öffentlichen Wege in Stadt und Land. Hieran wurde auch durch Caracalla's Gesetzgebung, welche sich nur auf die Civität der Bewohner des römischen Gebietes bezog, nichts geändert. Erst seitdem Justinian den Unterschied zwischen *praedia in Italico solo* und *provincialia* aufgehoben hat, dürfen wir annehmen, dass auch hier Wege und Strassen im Eigenthum von Gemeinden und Privatpersonen existirten. Anders war es nur in den schon früher mit *jus Italicum* bewidmeten Districten. Hier waren schon infolge dieser Privilegirung öffentliche Wege auch in anderem als staatlichem Eigenthum möglich.

c) Es konnten endlich auch Wege im Privateigenthum zu den öffentlichen in unserm Sinne gehören (*l. 2 §. 23 D. 43, 8*); solche besonders, die über Privatgrundstücke liefen

und als Seitenstrassen von den *viae publicae* ab nach den Landstädten führten (l. 2 §. 22, 23 cit.).

Was die in den Quellen öfter erwähnten *viae vicinales* betrifft, so waren diese nicht etwa, wie man wohl übersetzt hat, Gemeindewege im Eigenthum eines *municipium* oder einer *colonia*, sondern sie konnten eben sowohl Privat- oder Staatseigenthum sein; ihr Name zeigt nur an, dass sie von einem *vicus* zum andern oder auf eine Haupttheerstrasse führten, nicht dass sie im Eigenthum eines *vicus* gestanden hätten (l. 2 §. 22 cit. med.)

II. Gleich den *viae publicae* sind dem Verkehr partiell entzogen, weil partiell von der Privatberechtigung ausgeschlossen, die unter dem Namen der *loca publica* zusammengefasst dem Staat oder einer Gemeinde angehörigen öffentlichen Plätze, sowie die Stätten und Gebäude zum Nutzen des Handels und Marktverkehrs und des öffentlichen Wohles überhaupt, oder zur Abhaltung der bei den Römern so zahlreichen und wegen ihrer religiösen Bedeutung unentbehrlichen öffentlichen Schauspiele. Dahin gehören das *forum*, die *basilicae*, welche ausserdem auch die Stelle unserer Rathhäuser und Gerichtsgebäude vertraten *), die *theatra*, *stadia*, der *Campus Martius*, und die *balneae publicae* in Rom und den Municipien; cf. §. 6 J. de rer. div. l. 6 §. 1 D. eod. l. 39 §. 9 D. de legat. I. l. 2 §. 2, 9 D. ne quid in l. p. 43, 8; l. 83 §. 5. l. 137 §. 6 D. de v. o. 45, 1; l. 6 pr. D. de contr. emt. 18, 1. Diese Anstalten sind entweder Staats- oder Gemeindeeigenthum. Jedermann (*quivis ex populo, ex civitate*) ist berechtigt, den ihrer Bestimmung entsprechenden Gebrauch von ihnen zu machen. Die im Eigenthum enthaltenen Rechte, deren Ausübung die öffentliche Bestimmung dieser Sachen behindern würde, sind ausgeschlossen.

Was nun den *usus publicus* betrifft, so bezog sich derselbe ursprünglich nur auf die römischen Bürger als Glieder des *populus Romanus*. Darauf weist *publicus* (aus *populicus*) entschieden hin, ebenso die häufig vorkommende Bezeichnung „*quivis ex populo*“ für das Subject des öffentlichen

*) Keller, Röm. Civilprocess, §. 3. Plinius, Epist. I. 18, V. 21.

Gebrauchs, sowie der Ausspruch in *l. 2 D. 43, 11*: *Viam publicam populus non utendo amittere non potest*. Allein es ist wohl nicht denkbar, dass in praxi zwischen *cives* und *peregrini* hier ein Unterschied gemacht sei. Die Vermittlung bildete auch hier vermuthlich das Edict des Praetors, worin dieser einen jeden im Gebrauch der *res publica* schützen zu wollen versprach (*l. 2 §. 45 D. 43, 8*). —

Die Rechtsmittel, welche das römische Recht zum Schutz des *usus publicus* zu Gebote stellt, sind folgende:

I. Bei den *flumina publica*.

Es bestehen mehrere Popularinterdicte.

1. Ein prohibitorisches Interdict: *a)* für *flumina navigabilia* gegen jede Verschlechterung des Fahrwassers durch *facta et immissa*, Ableitung des Wassers, Veränderungen des Stromes, durch Handlungen, welche Verengung oder übermässige Erweiterung bewirken, ferner gegen Beschädigung der Landungsplätze durch ähnliche Handlungen (*l. 1 §. 13, 14, 15 D. de flumin. l. 2 eod.*) — *b)* für *non navigabilia* gegen Ableitung des Wassers zum Privatgebrauch, sofern dadurch eine Gefahr entsteht, dass der Fluss austrocknen möchte (*l. 1 §. 12 eod.*).

2. Ein restitutorisches Interdict bei schon vollendeten nachtheiligen Veränderungen. Der Besitzer derselben ist schuldig, den früheren Zustand wieder herzustellen (*l. 1 §. 21, 22. h. t.*).

Anderseits aber wird der *publicus usus* auf sein richtiges Maass reducirt und in Schranken gehalten: *a)* durch ein prohibitorisches Interdict, welches jede Einwirkung auf einen öffentlichen Fluss verbietet, derzufolge derselbe anders als im letztverflossenen Sommer fliesst, und den Grundstücken der Anwohner Gefahr bringen kann. Es ist ein Popularinterdict und geht auch gegen die Erben *l. un. pr. bis §. 10 D. 43, 13*. *b)* Durch ein restitutorisches Interdict für den Fall der schon vollendeten Einwirkung, auf Herstellung des Flusslaufes vom letzten Sommer. Es geht gegen den Besitzer *l. un. §. 12. 13 eod.*

3. In *l. un. D. 43, 14* wird dann specieller jede Hemmung der Schifffahrt auch auf Seen und Kanälen, sofern diese *in publico usu* sind, untersagt.

Anderseits wiederum verbietet ein Interdict die Störung von Vorrichtungen in und an einem öffentlichen Flusse zum Schutz seiner Ufer oder eines angrenzenden Grundstücks, sofern durch jene die Schifffahrt nicht gestört wird und der Urheber jener Schutzanlagen den Anwohnern auf 10 Jahre *cautio damni infecti* leistet. *Tit. D. 43, 15*.

Diese Interdicte *publicae utilitatis causa competunt* (*l. 2 §. 1 D. de interd. 43, 1*). Sie stehen daher zunächst zwar jedermann zu, der in der Benutzung der Gewässer in irgend einer der angegebenen Beziehungen gestört wird; dann aber auch *cuilibet ex populo* (*l. un. §. 9 D. 43, 13*).

II. Bei *viae publicae* und *loca publica*.

1. Das Interdictum *quod vi aut clam* zum Schutz aller *loca publicis usibus destinata*, in dieser Anwendung eine Popularklage (*l. 20 §. 5 D. quod vi 43, 24*), gegen Veränderungen, welche mit und an denselben vorgenommen werden und irgend jemand aus dem Publikum beschädigen. Es geht auf Wiederherstellung des früheren Zustandes. 2. Ein specielles Interdict gegen jede Einwirkung auf einen öffentlichen Weg, wodurch derselbe zum Verkehr weniger tauglich würde (*l. 2 §. 20—34 D. h. t. 43, 8*). Das Interdict ist prohibitorisch.

3. Ein anderes geht als restitutorisches Popularinterdict gegen den Besitzer der schon vollendeten störenden Vorrichtung (*opus*) auf die Wiederherstellung des alten Zustandes. Die Verurtheilung ist bei diesen beiden Interdicten im Fall der Verletzung des praetorischen Gebots auf das Interesse des Klägers zu richten. (*l. 2 §. 34, 44*).

Diese Interdicte beziehen sich nur auf Landstrassen; bei Störungen des Verkehrs auf den städtischen Strassen schreiten in Rom die *aediles*, in den anderen Städten die diesen entsprechenden Magistrate (*curatores, aediles*) *ex officio* ein (*l. 2 §. 24 h. t. l. un. D. de via publ. 43, 10*).

4. Für die *loca publica*, für den Gemeingebrauch z. B. der öffentlichen Theater und Bäder besteht kein besonderes Rechtsmittel. Jedoch ist demjenigen, welcher daran verhindert wird, die *actio injuriarum* gegeben; *l. 2 §. 9 D. ne quid in l. p.* 43, 8; *l. 13 §. 7 D. de injur.* 47, 10. Denn in einer solchen Hinderung liegt eine verletzend Herabsetzung der fremden gleichberechtigten Persönlichkeit, ebenso wie in der Hinderung des Genusses einer *res communis*, wofür die gleiche Klage als einzig zulässige besteht.

So weit der dem *usus publicus* gewährte Rechtsschutz. Anderseits wird derselbe in den angemessenen Schranken gehalten durch ein prohibitorisches Interdict, dessen derjenige sich bedienen kann, der durch Bauten und Vorrichtungen eines anderen auf einem *locus publicus* (welche trotz der darin liegenden Bevorzugung eines Einzelnen gegenüber der Gesamtheit mit Genehmigung des Eigenthümers gestattet sein können; s. o. S. 27. u. *l. 2 pr. §. 10—17 D.* 43, 8) in irgend einer Weise benachtheiligt wird in seinen Privatrechten (*l. 2 pr. bis §. 19*). Die *poenae stipulatio* für den Fall der Verletzung des praetorischen Gebots ist mit auf die Erben und übrigen Successoren zu stellen (*l. 2 §. 18*).

Da dies Interdict nicht restitutorisch ist, so wird im Fall eines schon vollendeten *opus* ein Officialeschreiten der Magistrate nöthig, welche alsdann jenes beseitigen lassen (*l. 2 §. 17*).

§. 8. bb) Die *praedia in patrimonio Caesaris*.

Zu den nur partiell vom Privatverkehr ausgeschlossenen Sachen gehören ferner die in *l. 39 §. 10 D. de legatis I.* genannten *praedia in patrimonio Caesaris*, als Vertreter der in unserer Ueberschrift unter 2 b aufgeführten Besonderheit, dass an gewissen Sachen einzelnen Personen alle Rechte entzogen sein können. Es sind dies die zum kaiserlichen Fiscus, der damals dem Aerarium noch gegenüberstand, gehörigen Grundstücke*), nicht bloß diejenigen kaiserlichen

*) Vgl. Walter, Röm. R. Gesch. I. 332, 333 u. Note 110 das.

Besitzungen, die zum unmittelbaren Privatgebrauch des Kaisers gerade dienten (*l. 30 §. 8 eod.*). Jenen allen war das besondere Privileg ertheilt, ausser für den regierenden *princeps* allen anderen Personen gegenüber *extra commercium* zu sein, nicht nur wie eine jede fremde Sache einem Nicht-eigenthümer gegenüber gewissermassen *extra commercium* ist, sondern so, dass darüber abgeschlossene Kaufcontracte oder Legate als eine *res impossibilis* betreffend, also als ungültig angesehen wurden (*l. c., conf. l. 40 eod.: Sed si res aliena, cujus commercium legatarius non habet, — relinquatur, puto aestimationem deberi*). Dem Kaiser nur stand das volle *commercium* daran zu; andere Personen waren, abgesehen von einer Genehmigung desselben, von allem Rechtserwerb daran ausgeschlossen. Es hätte also z. B. auch niemand selbst mit *justus titulus* und *bona fides* Eigenthum daran erwerben können.

§. 9. cc) Die Vorschrift der *l. 1 C. 1, 10*.

Ein ganz verschiedener Fall ist es, den die dritte Art der nur theilweise dem Privatrecht entzogenen Sachen betrifft. Hierunter fallen die Gegenstände, an denen nur einzelne Privatpersonen einzelne Rechte nicht haben können.

Als Beispiel finden wir im römischen Recht die Ausschliessung jüdischer Herren vom Eigenthum an christlichen Slaven. Sie sollen dasselbe auf keine Weise erwerben können *l. 1. C. ne christianum 1, 10*. Keineswegs aber sind durch den Wortlaut dieser Verordnung ihnen andere, beschränktere dingliche Rechte an solchen Slaven (z. B. *usus-fructus*) abgesprochen. Die *l. 2 eod. (restit.)* wendet dieselbe Vorschrift auf Herren heidnischen und haeretischen Bekenntnisses an.

4. *Res extra commercium* im uneigentlichen Sinne.

§. 10. a. Ausschliessung einzelner Rechtsgeschäfte.

Eine kurze Betrachtung erfordern noch die Gegenstände,

an denen zwar an und für sich jedermann alle Rechte zustehen können, über welche aber zufolge positiven Verbots gewisse Verträge nicht geschlossen werden dürfen. Man kann auch diese Sachen *res quarum commercium non est* nennen, und sie werden wirklich in unseren Quellen so bezeichnet. Aber doch nur in einem von der Bedeutung der bisher erörterten *res extra commercium* ganz verschiedenen, uneigentlichen Sinne. Bei den schon besprochenen Gegenständen, die wir dem gegenüber als *res quarum commercium non est* im eigentlichen Sinn bezeichnen, ist, wie dies unten im Einzelnen noch näher gezeigt werden wird, die Ausschliessung aller oder gewisser Rechtsgeschäfte nur die, wenn auch nothwendige Folge, gleichsam das Symptom der Ausschliessung aller oder gewisser Rechte, welche deren Grundursache, das Grundwesen jener Gegenstände ausmacht. Bei den jetzt noch zu besprechenden Sachen liegt das umgekehrte Verhältniss vor: die Ausschliessung oder Erschwerung gewisser Rechtsgeschäfte bildet die zu Grunde liegende charakteristische Eigenthümlichkeit, die Ausschliessung oder Erschwerung des Besitzes gewisser Rechte nur die weniger wichtige Wirkung.

Hier sind zu nennen: 1. der *fundus dotalis*. An und für sich ist niemand von Rechten daran ausgeschlossen. Dritte können durch Usucapion, falls nur nicht eine stillschweigende Veräusserung des Mannes in der Gestattung derselben liegt, so gut Eigenthum daran erwerben, wie vorher der Ehemann durch die *datio in dotem* (l. 16 D. de fundo dot. 23, 5). Allein alle Arten von Veräusserungsgeschäften, ja selbst die wissentliche Zulassung einer Usucapion von Seiten des Mannes, worin hier ebenfalls eine Veräusserung gesehen wird, sind durch die *Lex Julia de adulteriis* (cap. De fundo dotali) streng verboten, sofern der Frau oder deren Erben die Rückforderung zusteht; wobei die Veräusserung im weitesten Sinne verstanden wird. Es geht kein Eigenthum, kein dingliches Recht auf den Contrahenten des Ehemannes über: l. 4, 5, 16 D. eod.

2. Ganz analog verhält es sich mit der *res litigiosa*, an der an sich jedermann jedes Recht zustehen

kann. Sie wird aber geradezu als *res cuius commercium non est* bezeichnet, weil Veräusserungsgeschäfte ausgeschlossen sind (*l. 1 §. 2 D. quae res pign. 20, 3*). Ursprünglich bezog sich dies Verbot auf den Kläger, dem trotz seines Nichtbesitzes in der *mancipatio* und *in jure cessio* Mittel, eine Veräusserung zu bewerkstelligen, leicht zu Gebote standen, und der dieselben nicht zum Nachtheil des Beklagten sollte gebrauchen können (*l. 2 C. de litigios. 8, 37*). Seitdem aber die Tradition einziges Mittel der Uebertragung des Eigenthums geworden, anderseits an die Stelle der *pecuniaria condemnatio* des ältern Rechts unter Justinian die Realexecution getreten war, war umgekehrt das Bedürfnis entstanden, dem Beklagten im Interesse des Klägers das Veräusserungsrecht zu nehmen; und dies ist durch Justinian in *l. 4 C. de litig. geschehen* *). Jedoch ist der Veräusserungsvertrag nur dann nichtig, wenn der Erwerber *in mala fide* war *l. 4 pr. cit.* War er *in bona fide*, so erwirbt er zwar nie das Eigenthum, aber doch eine Forderung aus dem Kaufcontract (*l. 4 D. de contr. emt. 18, 1*).

§. 11. b) Beschränkung einzelner Rechtsgeschäfte.

Diese findet statt durch gesetzliche Bezeichnung bestimmter Personen als rechtlich allein möglicher Contrahenten, und Verbot aller mit anderen Personen über eine hiervon betroffene Sache etwa zu schliessenden Verträge einer bestimmten Art.

Es betrifft dies die nach *Tit. C. quae res venire non possunt etc. 4. 40* unter einem Staatshandels- oder Gewerbsmonopol stehenden Sachen. An Producten, welche ein solches berührt, kann zwar an sich jede Person Rechte jeder Art erwerben und übertragen; niemand kann aber unmittelbar mit dem Consumenten resp. Producenten gültig contrahiren, sondern ist an den Fiscus als den gesetzlich ersten Käufer resp. Verkäufer dieser Erzeugnisse gewiesen.

*) Francke, Commentar über den Pandektentitel De hered. pet. 5, 3; I. Abth. S. 30—52.

Dagegen die im *Tit. C. 4, 41* enthaltenen Ausfuhrverbote gehören gar nicht hierher, denn sie betreffen nicht das Verkaufen, den *contractus venditionis* mit dem Ausland, sondern nur das wirkliche Ausführen, wovon nur eine factische Minderung der Verkäufe die Folge sein wird. Denn juristisch betrachtet kann jeder solche Gegenstände an jeden Käufer auch im Auslande veräußern; die Sache darf nur nicht über die Grenze geschafft werden.

II. Wirkungen der Ausschliessung vom Verkehr nach römischem Recht.

§. 12.

Was die uneigentlichen *res extra commercium* betrifft, so liegt die Wirkung der sie auszeichnenden Verkehrsbeschränkung schon in deren Darstellung selbst ausgesprochen, auf welche wir verweisen. Wir haben es daher hier nur mit den *res quarum commercium non est* im eigentlichen, gewöhnlichen Sinne zu thun.

Fassen wir ihre Grundeigenthümlichkeit, welche nach der gegebenen Darstellung in der Ausschliessung von allen oder bestimmten Rechten der Privatpersonen bestand, hier wieder scharf ins Auge, so müssen wir einfach folgendes sagen: Die Wirkung dieser Ausschliessung von Rechten kann nur und muss darin bestehen, dass Vorgänge, welche sonst an sich geeignet sein würden, Rechte daran zu begründen und zu übertragen, hier innerhalb der durch den Grad der Ausschliessung von Rechten gezogenen Grenzen aller juristischen Kraft und Wirkung entbehren.

Ist daher eine Sache total *extra commercium*, sind alle Personen von allen Rechten an derselben ausgeschlossen, so ist kein einziger solcher Vorgang denkbar, der geeignet wäre, irgend ein Recht an ihnen für irgend jemand zu begründen. Alle und jede Erwerbungsarten von Rechten fallen hier als kraftlos hinweg. Unwirksam und völlig bedeutungslos sind daher: eine Tradition einer *res sacra animo*

dominii transferendi, ein Legat, eine Occupation, ein fehlerfreier Usucapionsbesitz derselben (*l. 39 §. 9 D. de legat. I. l. 9 D. de usucap. 41, 3*).

Können aber nur gewisse Personen an bestimmten Sachen keine Rechte haben, oder sind nur bestimmte Rechte an einer Sache ausgeschlossen, oder endlich findet beides zusammen statt — so begründen nur für diese Personen die sonst vollwirksamen Vorgänge kein dingliches Recht, oder sie sind nur dann unwirksam, wenn sie eines der ausgeschlossenen Rechte begründen sollen, oder endlich, sie sind nur dann ohne rechtliche Kraft, wenn dadurch für die fraglichen Personen eines der ausgeschlossenen Rechte begründet werden soll.

Daher ist das Legat eines *fundus in patrimonio Caesaris*, von einem römischen Bürger dem andern hinterlassen, ungültig (*l. 39 §. 10 D. 30*) und der Erbe braucht auch nicht die *aestimatio* zu zahlen, wozu er in Fällen der bloß subjectiven Unmöglichkeit der Leistung verpflichtet ist (*l. 40 D. eod.*); daher ist die Erwerbung der freien Ausübung des durch keinen *publicus usus* beschränkten Eigenthums an einem *locus publicus* durch *non usus* des Publicums oder *usucapio libertatis* selbst für den Eigenthümer nicht möglich (*l. 2 D. 43, 11*); daher ist die Tradition eines christlichen Sklaven an einen jüdischen Herrn auf Grund eines geschlossenen Verkaufs ohne alle Wirkung.

Rechte dagegen, welche nicht ausgeschlossen sind, werden durch die gewöhnlichen Entstehungsarten begründet. Demnach kann der Eigenthümer einer *via in publico usu* das Eigenthum daran, d. h. an dem *solum* derselben, jeder andern Person *ex justa causa* tradiren, sei dieser Eigenthümer nun der Staat, oder eine *civitas* oder ein *privatus*. Die Stellen, welche für die öffentlichen Sachen, wenigstens des Staates, das Gegentheil auszusprechen scheinen, reden ganz offenbar nur von dem Fall, wo eine *res publica extra commercium* „*pro re in pecunia populi*“ verkauft wird, d. h. wo entweder der Käufer die Sache für eine dem *publicus usus* angehörige und daher der Privatberechtigung theilweise entzogene nicht hielt, oder beide Contrahenten sie als eine

freie, jede Eigenthumsnutzung zulassende behandelten; wo also Rechte an der Sache mit übertragen werden sollten, welche durch die Extracommercialität ausgeschlossen sind. Vgl. *l. 6 pr. l. 34 §. 1 D. de contr. emt.* Dies ergibt sich besonders aus der regelmässig beigefügten Bemerkung, darauf, dass später vielleicht einmal die gegenwärtige Ausschlössung von Rechten wegfallen könne, dürfe dabei keine Rücksicht genommen werden. Vgl. *§. 2 J. de inutil. stipul. 3, 20 verb: Nec in pendentem erit stipulatio ob id quod publica res in privatum deduci potest etc. cf. l. 83 §. 5 D. de v. o. 45, 1; quamvis sacra profana fieri, et usibus publicis relictis in privatos usus reverti potest.* Diese Betrachtung wäre ganz irrelevant, wenn die Stellen von Verträgen redeten, welche die Uebertragung der *nuda proprietas* mit ihren durch den *usus publicus* nicht ausgeschlossenen Befugnissen bezwecken.

Ferner ist die Constituirung dinglicher Rechte, besonders von Servituten, an *res publicae* gültig und statthaft, sofern der *usus publicus* dadurch nicht beeinträchtigt wird; vgl. *l. 14 §. 2 D. de servit. 8, 1: a Principe peti solet, ut per viam publicam aquam ducere sine incommodo publico liceat.*

Aber die Wirkung der objectiven oder subjectiven oder allgemeinen Rechtsausschlössung erstreckt sich noch weiter, nämlich auf die obligatorischen Verträge, welche der Verschaffung und Begründung von Rechten vorangehen, und den Grund, die *justa causa* derselben bilden.

Es ist nämlich in den Quellen ausgesprochen, dass Rechtsgeschäfte, wodurch ein Contrahent sich verpflichtet, dem andern ein Recht an einer *res extra commercium* welches überhaupt nicht bestehen oder doch einer dieser beiden Personen nicht zustehen kann, zu übertragen oder zu verschaffen, ungültig seien; *l. 6 pr. l. 34 §. 1. 3 D. de contr. emt. 18, 1.* Denn die Erfüllung einer dahin übernommenen Verbindlichkeit ist nicht nur subjectiv — wie z. B. die Stipulation, eine fremde Sache zu liefern, wodurch derselben nichts an ihrer Gültigkeit entzogen wird — sondern auch objectiv unmöglich („*quia ejus rei alienatio non est*“), da niemand ein Recht, welches ihm nicht zustehen und

welches der andere nicht zu erwerben vermag, übertragen kann. Der Schuldner ist daher gar nicht obligirt, auch nicht zur Zahlung der *rei aestimatio*, wie dies bei bloß subjectiver Leistungsunfähigkeit allerdings der Fall sein würde (*l. 9 §. 5 D. de div. rer. 1, 8; l. 40 D. de legat. I*). Selbst unter der ausdrücklich beigefügten Bedingung „*si res sacra, religiosa, publica esse desierit*“ kann ein solches Rechtsgeschäft nicht gültig geschlossen werden. Zwar ist es nicht unmöglich, dass eine solche Sache wieder vollständig ins *commercium* eintrete, wenigstens bei manchen derselben (*l. 83 §. 5 de v. o. 45, 1*). Aber an solche entfernte Möglichkeiten soll nicht gedacht werden, sie sollen keinen juristischen Werth und Bedeutung haben, ähnlich wie ein Kaufcontract über einen freien Menschen, unter der Bedingung *si servus erit* geschlossen, auch dann keine Gültigkeit erlangt, wenn jener eine *maxima capitis deminutio* erleiden sollte, weil es als *turpe* gilt, auf solche Eventualitäten hin zu speculiren (*l. 34 §. 2 D. de contr. emt. 18, 1*). Die Bedingung ist daher zwar nicht eigentlich eine *impossibilis*, aber sie wird einer solchen gleich geachtet.

Mit den aufgestellten Grundsätzen und Belegstellen steht in einem auffallenden Widerspruch die *l. 70 D. de contr. emt.*, wo es heisst: *Liberi hominis* (also auch *loci sacri, religiosi, publici* cf. *l. 4 eod.*) *emtione contrahi posse plerique existimant; si modo inter ignorantes id fiat*. Ueberall wird sonst beim Nichtwissen beider Parteien der Contract für nichtig erklärt, da hier ein *error essentialis* vorliegt; vgl. die cit. Stellen und *l. 1 §. 9 D. de o. et a. 44, 7* (Gajus): „*Palam est . . . naturali jure inutilem esse stipulationem. Veluti si de homine libero . . . facta sit stipulatio inter eos qui ignoraverint eum hominem liberum esse . . . Idem juris est, si quis locum sacrum aut religiosum dari sibi stipulatus fuerit.*“ Es mag jenes eine vereinzelte Ansicht des Licinnius Rufinus gewesen sein, die gegen die Zeugnisse des Gajus, Pomponius und Paulus gewiss zurückstehen muss.

Ein anderes ist es, wenn nur der eine Contrahent, der Käufer, nicht wusste, dass er das fragliche Recht an der

Sache nicht erwerben könne, dass die Sache *extra commercium* sei; hier wird ungeachtet der Nichtigkeit des Contractes wegen des Dolus des anderen Theiles sogar die Contractsklage auf Leistung des gesammten directen und indirecten Interesse gegeben: *l. 4, l. 62 §. 1 D. de contr. emt. 18, 1. §. ult. I. de emt. et vend. 3, 24*; wie dies auch bei Nichtexistenz der Sache oder beim Fehlen einer wesentlichen Eigenschaft derselben ohne Wissen des Käufers, mit Wissen des Verkäufers der Fall ist.

Dagegen die durch den *usus publicus* nicht ausgeschlossenen, also nicht extracommercialen Rechte können vom Eigenthümer jedem Dritten dadurch übertragen werden (durch Schenkung, Miethe u. s. w.), dass er sich verpflichtet, ihm deren Ausübung zu gestatten. Dies findet sich in *l. 1 pr. l. 2 D. de loco publ. fruendo 43, 9*.

§. 13. Entstehung und Aufhebung der Extracommercialität einer Sache.

Wir können im Anschluss an die nun beendete Darstellung der *res extra commercium* des römischen Rechts folgende zwei Haupt-Entstehungsgründe der Extracommercialität unterscheiden.

1. Natürliche Bestimmung. Ihr verdanken die öffentlichen Flüsse, Häfen und sonstigen Wasserstrassen ihren Platz unter den *res extra commercium*. Sie entzieht dieselben der Privatberechtigung, dadurch dass sie dieselben als ein jedermann zu Gute kommendes Naturgeschenk dem Gemeingebrauch überweist. Nur neben diesem *usus communis* ist auch eine beschränkte Privatberechtigung möglich, welche dem natürlichen *usus publicus* niemals Eintrag thun darf.

2. Wille des Eigenthümers auf Grund gesetzlicher Bestimmung. Diese gesetzliche Bestimmung kann beruhen:

a. auf staatsrechtlichen Gründen. Auf diese Weise entsteht die Extracommercialität der *res in publico*

usu (viae publicae, loca publica). Der wichtige Nutzen, den sie gewähren, soll dauernd allen Staats- oder Gemeindebürgern zu Gute kommen; daher verbietet der Staat kraft seines Hoheitsrechts dem Eigenthümer (der er auch selbst sein kann in seiner Eigenschaft als Fiscus), wenn er einmal eine bestimmte Sache *ad usum publicum* hergegeben hat, die Ausübung seines Eigenthums daran soweit, als darin eine Gefährdung jenes allgemeinen Nutzens gesehen wird.

b. auf religiösen Gründen. Religiöse Anschauungen von rechtlicher Macht und Wirkung haben die *res sacrae* und *religiosae* dem Kreise menschlicher Befugnis (*res humani juris*) entnommen. Sie haben ferner die Bestimmung der *l. 1 C. 1, 10* hervorgerufen.

3. Gesetzliche Bestimmung.

a. aus privatrechtlichen Gründen. Das Verbot der Veräußerung von *res litigiosae*, eines *fundus dotalis* ist im privatrechtlichen Interesse des Klägers, resp. der Frau und ihrer Erben gegeben. Ebenso bezweckt die die *fundi in patrimonio Caesaris* betreffende Bestimmung eine privatrechtliche Privilegierung des kaiserlichen Fiscus.

b. aus polizeilichen Gründen. Die *venena mala* und *libri prohibiti* sind aus Gründen criminalpolizeilicher und sittenpolizeilicher Art jeder Privatberechtigung entzogen.

4. Unvordenkliche Verjährung.

Dieselbe begründet einen *publicus usus* an Wegen über Privatgrundstücke (*viae privatae*) und folgeweise eine partielle Extracommercialität. Cf. *l. 3 pr. D. de locis et itin. publ. 43. 7: Viae vicinales (h. e. quae in vicos ducunt, l. 2 §. 22 D. 43, 8), quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non extat, publicarum (h. e. in publico usu) viarum numero sunt.*

In Betreff der Aufhebung der Verkehrsbeschränkung ist der einfache Satz auszusprechen, dass mit dem Wegfall des Grundes auch die Rechtsbeschränkung als rechtliche Folge desselben als erloschen zu betrachten ist.

1. Ein *flumen publicum* wird daher Gegenstand eines vollen *commercium*, wenn es aufhört, *perenne* zu fließen. Dann ist seine natürliche Bestimmung hinweggefallen; er

ist dann *res nullius quae cedit occupanti*, was den Flussboden anbetrifft. Einer Erklärung oder Verfügung des Staates bedarf es zur Herbeiführung dieser Rechtsveränderung durchaus nicht.

2. Sachen dagegen, deren Extracommercialität auf gesetzlicher Anordnung, unmittelbar oder vermittelt durch den Willen und die Bestimmung des Eigenthümers in Beziehung auf eine bestimmte Sache (s. vorher Nr. 2 und 3), beruht, treten erst dann wieder vollständig ins Privatrecht ein, wenn diese Anordnung durch eine Verordnung entgegenstehenden Inhalts oder durch eine specielle Genehmigung aufgehoben wird oder aus sonst einem Grunde hinwegfällt; nicht etwa schon, wenn die *ratio legis* (s. vorher 2 a. b.) hinwegfällt, denn *cessante ratione legis non cessat lex ipsa*. Daher hört eine dem Staat gehörige *via publica* auf, *in publico usu* und *extra commercium* zu sein, nicht schon durch langjährigen Nichtgebrauch (*l. 2 D. de via publ. 43, 11*), sondern erst durch öffentliche Genehmigung, welche allerdings durch das Factum eines solchen Nichtgebrauchs veranlasst werden kann, da daraus die Nutzlosigkeit des Weges und die Unschädlichkeit seines Eingehens hervorgeht. Daher hören *res sacrae* auf, *divini juris* und *extra commercium* zu sein (*profanae fiunt*), wenn sie in Feindes Hand gelangen, da alsdann die sie betreffende Rechtsbestimmung nicht mehr beobachtet werden kann, also auch ohne ausdrückliche Beseitigung durch die feindliche Obrigkeit thatsächlich als erloschen betrachtet werden muss; *l. 36 D. de relig. 11, 7*. Daher werden ebenso die *loca religiosa* zu *res profanae* und kehren ins *commercium* zurück nur auf Grund einer Verordnung der gesetzlichen Autorität (*permissu principis, l. 44 §. 1 D. de relig. 11, 7*); nicht durch den blossen Willen des Inhabers des *jus sepulcri*, dessen Dispositionsrecht sich so weit nicht erstrecken kann (*l. 14 C. eod. 3, 44.*).

3. Eine *via privata* endlich, deren *publicus usus* und Extracommercialität auf *praescriptio indefinita* beruht, hört auf *in publico usu* und *extra commercium* zu sein, sobald eine entgegenstehende unvordenkliche Verjährung zu Gunsten des Eigenthümers nachgewiesen werden kann.

Zweite Abtheilung.

Das heutige Recht.

§. 14. Einleitung.

Gehen wir nun zur Darstellung der heutigen Anwendbarkeit des so eben betrachteten römischen die *res extra commercium* betreffenden Rechts über, so werden wir dabei unser Hauptaugenmerk auf zwei wichtige Fragen zu richten haben:

1. Welche Sachen lassen sich nach heutigem Recht noch als *res extra commercium* im eigentlichen Sinne betrachten, und inwiefern sind sie es noch?

2. Welche juristische Wirkungen hat heutzutage noch der Umstand, dass eine bestimmte Sache dem Privatrechtsverkehr entzogen ist?

Die erste dieser Fragen werden wir in den §§. 15—23, die zweite im §. 24 zu beantworten suchen. — Endlich werden wir kurz diejenigen Sachen betrachten, die sich im heutigen Recht noch als *res extra commercium* im uneigentlichen (seltenern) Sinne darstellen.

Ehe wir aber damit beginnen, möchte hier zur vorläufigen Orientirung eine kurze allgemeine Uebersicht der Gegenstände am Platze sein, welche heutigen Tags in irgend einer Beziehung als dem Verkehr entzogene Sachen behandelt werden können. Wir müssen es der unten folgenden Darstellung überlassen, Inhalt und Anordnung dieser Ueber-

sicht, die wir möglichst an die oben beim römischen Recht befolgte Zusammenstellung angeschlossen haben, zu rechtfertigen.

Wir unterscheiden:

I. Dem Rechtsverkehr der Privatpersonen entzogene Sachen im eigentlichen Sinn, d. h. solche Gegenstände, an denen Privatrechte nicht stattfinden oder nicht geübt werden können.

1. Solche, an denen keine Rechte irgend einer Art bestehen können (völlig extracommerciale Sachen). Dahin gehören nicht mehr die den römischen *res divinae* im heutigen Recht entsprechenden Sachen; wohl aber diejenigen Gegenstände, welche zu haben und zu besitzen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit einem jeden verboten ist.

2. Solche Gegenstände, an denen nur in bestimmtem Umfange, in bestimmten Beziehungen Privatrechte nicht stattfinden (partiell extracommerciale Sachen).

a. Solche, bei denen alle Personen von einzelnen Rechten ausgeschlossen sind: die heutigen *res sacrae* und *religiosae* und die heutigen *res in publico usu*.

b. Solche, bei denen einzelne Personen von allen Rechten ausgeschlossen sind, und

c. solche, an denen nur einzelnen Personen einzelne Rechte nicht zustehen können. Zu b. und c. gehören manche weniger wichtige Fälle, die unten näher bezeichnet werden sollen.

II. Dem Rechtsverkehr der Privatpersonen entzogene Sachen im uneigentlichen Sinn, d. h. solche, an denen zwar jede Privatberechtigung an und für sich stattfinden und geübt werden kann, über welche aber vermöge gesetzlicher Bestimmung bestimmte Verträge entweder nicht geschlossen werden dürfen oder an erschwerende Bedingungen gebunden sind.

1. Das erstere liegt vor bei den Dotalgrundstücken, den *res litigiosae*, falls die sie betreffenden Grundsätze des römischen Rechts heutigen Tags noch anwendbar sein sollten; ferner bei gewissen Creditpapieren, Büchern und anderen Gegenständen untergeordneter Bedeutung.

2. Bloss erschwert durch Beschränkung der Contrahirfreiheit sind bestimmte Verträge bei solchen Gegenständen, die unter einem Gewerbsregal oder Handelsmonopol stehen. Denn hier sind an sich weder Rechte noch auch Rechtsgeschäfte ausgeschlossen; letztere werden nur erschwert durch gesetzliche Aufstellung bestimmter alleiniger Contractanten auf der einen Seite.

1. Die einzelnen im eigentlichen Sinne dem Privatrechtsverkehr entzogenen Sachen nach heutigem Recht.

§. 15. 1. Völlig extracommerciale Sachen.

Die Ausschliessung vom Privatrechtsverkehr beruht hier auf administrativen Rücksichten, auf polizeilichen Verboten. Schon im römischen Recht haben wir analoge Erscheinungen wahrgenommen. Wir sahen bereits, dass Gifte und verbotene Bücher, welche sich im Nachlass eines Verstorbenen befinden, gar nicht zur Theilung gelangen und somit gänzlich vom Privatrecht ausgeschlossen sein sollten (S. 17). Zwar nicht, was die Gifte betrifft, hinsichtlich deren das römische Recht in Anbetracht der damaligen Unsicherheit und Zügellosigkeit mehrfache eigenthümliche Bestimmungen enthält, wohl aber in Betreff der verbotenen Bücher kann man die Bestimmung des römischen Rechts als noch anwendbar betrachten. Dazu kommt aber in unseren modernen mit einer wohl organisirten Polizei und Verwaltung versehenen Staaten eine Mehrzahl von absolut verbotenen Gegenständen, welche ihrer allgemeinen Gefährlichkeit wegen gar nicht existiren sollten und eben darum für völlig unfähig erklärt sind, dem Eigenthum oder Besitz irgend einer Person anzugehören. Hauptsächlich sind dahin zu rechnen: vergiftete Waffen, Windbüchsen, Stockflinten, falsches Papiergeld. *) Wo solche Gegenstände sich finden, werden sie confiscirt und vernichtet.

*) Vgl. v. Wächter, Handbuch des im Königr. Württemberg geltenden Privatrechts. II. Bd. §. 44. Note 6.

Was aber soll man vom Leichnam eines Menschen halten? Es ist dies eine noch ungenügend erörterte und doch praktisch nicht unwichtige Frage. Es ist daran festzuhalten, dass derselbe in Niemandes Eigenthum steht und Niemand Rechte daran haben kann, auch nicht die nächsten Angehörigen. Dieser Satz ist in der That nicht bestritten; er wird von der Doctrin und Gesetzgebung anerkannt. *) Nun ist aber im täglichen Leben viel von Veräußerungen von Leichen, besonders in den unbemittelten Kreisen des Volkes, an Anatomieanstalten die Rede; und es liegt die juristische Frage nahe, ob solche Verträge gültig und ob sie wahre Kaufverträge seien? Ohne Zweifel ist diese Frage zu verneinen. Zwar sind hier sowohl *res* wie *pretium certum* vorhanden und nach bekannten allgemeinen Grundsätzen über *emptio et venditio* braucht der Verkäufer nur das *habere licere*, nicht das Eigenthum zu praestiren; es darf nur nicht ausgemacht sein, dass kein Eigenthum übergehen solle. Dem steht aber gegenüber, dass, wenn von vornherein für jedermann klar und gewiss ist, dass kein Eigenthum übergehen kann, und dennoch über eine solche Sache ein Kaufcontract geschlossen wird, dies ebenso anzusehen ist, als wenn die Absicht der Contrahenten darauf gerichtet gewesen wäre, dass kein Eigenthum übergehen solle. Man muss daher einen solchen Kauf für ungültig erklären. Wollte man ihn aufrecht erhalten, so könnte man nicht umhin, auch eine *emptio rei sacrae inter ignorantes* nach römischem Recht für gültig und unanständig zu halten.

Daraus folgt, dass weder auf Seiten des Verkäufers noch auf Seiten des Käufers eine Klage auf Leistung *ex empto* und *ex vendito* existiren kann. Denn das Geschäft ist ein rein factischer Vorgang ohne rechtliche Kraft und Bedeutung. Ist derselbe aber durch die geschehene Erfüllung von Seiten der Parteien thatsächlich zu seiner Vollendung gekommen, so ist niemand, der ihn anfechten und rück-

*) Wächter a. a. O. S. 285 u. die Citate daselbst in Note 17.

gänglich machen könnte, weder ein Dritter, noch einer der Contrahenten selbst; denn dieser hat aus dem Geschäft keine Klage und als wissentlich Zahlender auch keine *condictio indebiti*, beide aber haben an dem Objecte keine Rechte. Hierin liegt der sehr natürliche Grund, weshalb wir derartige rechtlich ungültige Verträge täglich vor sich gehen und dauernden Bestand haben sehen.

Einzelne Theile eines menschlichen Körpers (Tottenköpfe, Todtenhände, ganze Skelette) können dagegen sehr wohl Gegenstand dinglicher Rechte sein, und befinden sich vollständig *in commercio*.*)

Damit sind die völlig dem Verkehr entzogenen Sachen im eigentlichen Sinne erschöpft — eine Kategorie von weit geringerer Bedeutung als im römischen Recht, zumal wenn man bedenkt, dass diese Sachen heutzutage ihre völlige Ausschliessung vom Privatrecht, abgesehen vom menschlichen Leichnam, der eine isolirte besondere Stelle einnimmt, lediglich zufälligen administrativen Anordnungen, also wandelbaren Rücksichten der Zweckmässigkeit und Wohlfahrt, verdanken.

2. Partiell, in bestimmten Beziehungen dem Verkehr entzogene Sachen.

a). Die *res sacrae* und *religiosae* des heutigen Rechts.

§. 16. Historische Einleitung.

Den römischen *res divini juris* entsprechen äusserlich die heutigen Tags dem christlichen Gottesdienst gewidmeten Gegenstände (Kirchen, Altäre, Cultusgeräthe) und die Begräbnisplätze nach neuerer Sitte. Wir werden diese Sachen mit dem gemeinsamen Namen der *res sacrae* des heutigen Rechts bezeichnen können, da, wie sich bald

*) Wächter a. a. O.

zeigen wird, der scharfe Unterschied der *res sacrae* von den *res religiosas* im römischen Sinne verschwunden und eine gleichartige in der besonders ausgezeichneten Verwendung jener Gegenstände zu den heiligsten Zwecken wurzelnde Behandlung an die Stelle getreten ist, deren Grundsätze wir bald kennen lernen werden.

Schon die Ueberschrift und Stellung dieses unseres Abschnittes deutet aber an, dass wir die Frage: ob diese Gegenstände auch die innere eigentliche Natur der *res divinae* der Römer theilen, und namentlich, ob sie gleich diesen *extra commercium* im vollen Sinne des Wortes seien? verneinen zu müssen glauben, vielmehr nur eine beschränkte Extracommercialität annehmen können. Um dies näher zu begründen, bedarf es zunächst eines geschichtlichen Rückblicks, der uns die Bedeutung der heutigen *res sacrae* im Unterschied von dem eigenthümlichen Sinne der entsprechenden Gegenstände im römischen Alterthum klar machen wird.

Was zunächst das Verhältniss der justinianischen Gesetzgebung zum ältern römischen Recht betrifft, so hat Justinian die von den *res sacrae* und *religiosae* geltenden Grundsätze einfach bestätigt; *l. 21 C. de ss. eccl. 1, 2. u. §. 8. 9. J. de rer. divis.* Die Institutionenstelle folgt genau der Darstellung des Gajus (II. 3—6); nur ist, um doch äusserlich wenigstens der veränderten Zeit Rechnung zu tragen, *Diis in Deo* verwandelt, und die *consecratio publica auctoritate* weggelassen worden; es ist nur von einer *consecratio rite per pontifices facta* die Rede. In Wahrheit war aber auch innerlich die Stellung der Religion und ihrer Institutionen zum Staat seit der öffentlichen Anerkennung des Christenthums eine ganz andere geworden.

Die alten Religionen und Culte*) waren, sofern sie über den Kreis der blossen Privatsculte hinausgingen, Staatsinstitute. Neben dem staatlichen Gemeinwesen bestand nicht etwa eine, wenn auch diesem verbundene, doch besondere Gemeinschaft der durch gleichen Glauben und gleiche Sitte

*) Vergl. über das Folgende: Hundeshagen in Dove's Ztschr. für Kirchenrecht I. 232. —

vereinigten Religionsgenossen, mit eigenen Gesetzen, Gebräuchen und Lebenseinrichtungen, sondern der Staat allein war es, der den Charakter und die Ausdehnung der öffentlichen Religionsübung als Sache der Gesamtheit seiner Bürger, nicht als Sache der menschlichen Individuen, bestimmte. Dieser Charakterzug findet sich in grösserer oder geringerer Klarheit in allen Religionen des Alterthums, und es liegt darin die Erklärung des Umstandes, dass sie sämmtlich örtlich durch den Umfang des politischen Gemeinwesens, in welchem sie gepflegt wurden, begrenzt waren, und nur in Folge besonderer Reception von Seiten anderer Völkerschaften einer Ausdehnung über die ursprünglichen engen Grenzen theilhaftig werden konnten.

Dieser Zustand erlitt nun eine vollständige Aenderung, als das Christenthum durch Constantin d. Gr. zur herrschenden Staatsreligion erhoben und alle andern Culte im römischen Reich bei schwerer Strafe verboten wurden. Während bis dahin die Christengemeinden zu den *corpora illicita* gehört hatten, trat jetzt neben den Staat eine Kirche als selbständig berechtigte Gemeinschaft der durch denselben Glauben verbundenen Christen, juristisch als anerkannte Corporation mit privatrechtlichen Befugnissen und mit eigener Verfassung.

Dies ist, auch gerade in Beziehung auf unsern Gegenstand, von den wichtigsten Folgen begleitet. Einmal fliesst daraus die privatrechtliche Vermögensfähigkeit der Kirche und ihrer Institute, von deren Bedeutung später die Rede sein wird; sodann erklärt sich aus dieser Umgestaltung, dass die Aufstellung der die *res sacrae* im christlich-kirchlichen Sinne betreffenden Normen zunächst nicht in Gesetzen und Verordnungen der weltlichen Gewalt, sondern in den selbst-eigenen Satzungen der Kirche gesucht werden muss. Allerdings sind die Constitutionen der römischen Kaiser seit Constantin in kirchlichen Angelegenheiten als wahre Kirchengesetze zu betrachten; denn die höchste weltliche Autorität achtete sich damals für berufen, auch die oberste Leitung wenigstens der äusseren kirchlichen Angelegenheiten in die Hand zu nehmen. Es war hierin noch ein

Nachklang der altgewohnten Verbindung der höchsten priesterlichen Würde mit der kaiserlichen Machtvollkommenheit erkennbar, wie denn auch die oströmischen christlichen Kaiser bis auf Gordian sogar den Titel eines *Pontifex maximus* beibehielten. Für die besondere Auffassung Justinians, wonach das wesentliche auf dem Grunde der *canones* ruhende Gewicht in der Regierung der Kirche auf Seiten der weltlichen Macht liegt, während die *interna*, die himmlischen Dinge, vom Priesterstand verwaltet werden sollen, ist bezeichnend die *Nov. 6 im princ.**)

Wenn daher Justinians das alte Recht lediglich bestätigende und die heidnischen Auffassungen (*veteres leges*) *mutatis mutandis* einfach auf die neuen christlich-kirchlichen Verhältnisse übertragende Gesetzgebung freilich äusserlich bindende Normen für die Kirche abgab, so ist doch die eigentlich tiefere Gestaltung der Lehre von den *res divini juris* seit der Herrschaft des Christenthums nicht darin, sondern in den eigenen Satzungen und Gebräuchen der Kirche zu suchen. Von dauernder Bedeutung sind diese kaiserlichen Constitutionen zwar, wie wir noch genauer sehen werden, sofern in ihnen bürgerliche Strafen an die Verletzung kirchlicher Rechte und Vorschriften geknüpft sind. Diese Vorschriften hat die Kirche, als ihr vortheilhaft, gern recipirt und nur noch weiter ausgebildet. Jedoch das materielle Wesen, den eigentlichen Kern dieser wie jeder kirchenrechtlichen Lehre haben wir im kanonischen Recht selbst aufzusuchen, und nachzuforschen, wie sich im Schoosse der Kirche selbst unter der Einwirkung christlich-religiöser Anschauungen diese Lehre von den *res sacrae* und *religiosae* modificirt, ja gänzlich umgestaltet hat.

Seitdem die Kirche durch Constantin die Rechtsfähigkeit einer juristischen Person erlangt hatte, floss ihr bewegliches und unbewegliches Gut in grosser Menge zu. Vor allem ist nun festzuhalten, dass schon deshalb von einer totalen Extracommercialität der *res sacrae*, von einer gänzlichen objectiven Rechtsausschliessung derselben an und für sich

*) Vergl. Richter, Kirchenrecht. 6. Aufl. §. 22.

keine Rede mehr sein kann, da jene Güter im wahren Sinne Eigenthum der juristischen Person der Kirche, des kirchlichen Institutes wurden.

Das so entstandene Kirchengut (*res ecclesiasticae* im weitern Sinne) zerfällt nun nach der Art seiner Verwendung in *res sacrae* und *res ecclesiasticae in sensu stricto*. Die *res sacrae* werden technisch im kanonischen Recht theils als *res consecratae*, theils als *res benedictae* bezeichnet. Das protestantische Kirchenrecht hat diese technischen Bezeichnungen nicht, obwohl es der Sache nach dieselben Unterschiede macht.

Die *res ecclesiasticae* im engern Sinne bilden das *patrimonium* eines Kircheninstituts oder einer Kirchengemeinde zur Bestreitung der beständigen kirchlichen Bedürfnisse;*) die *res sacrae* dienen dem Gottesdienste selbst oder stehen doch zu demselben in einer mittelbaren Beziehung. Nicht unpassend könnte man diese *res ecclesiasticae* und die *res sacrae* einerseits mit den *res publicae in patrimonio civitatis* und den *res publicae in publico usu* auf der andern Seite vergleichen.***) Wie hier beide zusammen das Staatsgut bilden, die einen aber das den gewöhnlichen Regeln des Privatrechts unterliegende Vermögen des Staates zur Bestreitung seiner privatrechtlichen Bedürfnisse, die andern das der allgemeinen Benutzung des Volks dauernd überlassene Staatseigenthum bezeichnen, so bilden auch die *res ecclesiasticae* im weitern Sinn das Eigenthum des kirchlichen Gemeinwesens, und zwar so, dass die *res ecclesiasticae in patrimonio ecclesiae* zum Unterhalt der kirchlichen Anstalten, der Kleriker und der Armen, wie ein Privatvermögen zum Unterhalt seines Eigenthümers, dienen, während die *res sacrae* der Kirche lediglich zur gemeinsamen gottesdienstlichen Nutzung ihrer Glieder gegeben sind. Auch diese Betrachtung muss jedermann geneigt machen, zwar die *res*

*) cf. J. H. Boehmer, Jus ecclesiasticum protestant. III., 13, 3 Rebus ecclesiasticis quae in patrimonio ecclesiae esse dicuntur ut ex eorum redditibus alantur clerici et pauperes.

**) Leyser, Meditat. ad Pand. I. spec. 22 §. 2. —

sacrae von vornherein gleich den *res in publico usu* als *extra commercium* stehend zu betrachten, dagegen das eigentliche Kirchengut als gewöhnliche Vermögensstücke der Kirche zu behandeln.

Bei dieser *a priori* ganz natürlich erscheinenden Auffassung ist nun zwar die römische Kirche und ihr Recht wenigstens in den Ausdrücken und Bezeichnungen für diese Gegenstände nicht stehen geblieben. Sie bezeichnet das gemeine Kirchengut als *res spirituales*, *patrimonium Christi*, als *Deo oblata*, *dicata*, *possessiones Dei ipsius*; cf. cap. 16 X. de praeb. 3, 5; can. 3 Caus. 12 quaest. 2; can. 15 C. 12 qu. 1., cap. 3 X. de permutat. 3, 19. Diese Anschauung ist aber selbst in der katholischen Kirche ohne rechtliche Folgen geblieben, und hat namentlich nicht bewirkt, dass das gemeine Kirchengut zur *res extra commercium* geworden wäre. Vielmehr bestehen als einziges Unterscheidungsmerkmal von anderen *res in commercio* nur bestimmte Einschränkungen der Veräußerung von *res ecclesiasticae* aus rein administrativen Rücksichten, durch Aufstellung bestimmter Bedingungen für eine solche. Es wird eine *justa causa* und eine *cognitio causae* zu ihrer Gültigkeit gefordert.*) Dadurch werden diese *res ecclesiasticae* aber in keiner Weise zu *res extra commercium*. Bei den Protestanten sind diese Vorschriften stets minder strict beobachtet worden.**)

Wir haben es daher nur mit den *res sacrae* oder *sanctae* zu thun, welche das kanonische Recht als *res consecratae et benedictae* bezeichnet. Zu ihnen gehören nach der Auffassung der katholischen wie der protestantischen Kirche, die Kirchen, die Altäre, gottesdienstlichen Geräte und die Kirchhöfe. Nur was die letzteren betrifft, finden wir in den auf den alten heidnischen Grundlagen ruhenden römischen Zustän-

*) Genauerer darüber s. bei Boehmer. J. E. Pr. III. 13, 3 sqq. 10. 14. 30 sqq. Ferner Zeger van Espen, Jus eccl. II., 35, 4: De causa et solennitatibus in alien. rerum ecclesiae requisitis. Cf. l. 14. 22. 23. C. de ss. eccl. 1, 2. Nov. 120 cap. 10.

**) Sam. Stryk, De cautelis contractuum necessariis 1717. Sect. I. c. 13 §. 7.

den keine Analogie, daher es passend sein wird, hier in der Einleitung noch ein kurzes Bild der allmählichen Entwicklung derselben im Gegensatz zu der dem römischen Recht zum Grunde liegenden Sitte zu geben.

Wir haben uns hier zunächst den Uebergang vom *jus sepulcri privati* zu der Sitte der *coemeteria communia* zu vergegenwärtigen. Begreiflicher Weise konnten die römischen Christen in den Zeiten der Verfolgung ihres Glaubens gemeinsame kirchliche Begräbnisstätten nach heutigem Muster nicht haben, sondern sie mussten im Anschluss an die römische Sitte zerstreut auf privatem Grund und Boden ein jeder seine Angehörigen bestatten. Nun war es schon früh Sitte, an den Grabstätten hochverehrter Märtyrer gemeinsame Andachten zu feiern, und in Folge des hohen Ansehens in dem jene Männer standen geschah es, dass man anfang, seitdem es vermöge der Anerkennung der christlichen Religion durch Constantin öffentliche Kirchen gab, die Gebeine der Märtyrer in diesen beizusetzen, am liebsten unter dem Altar, dem würdigsten Ort für die letzte Ruhestätte dieser heiligen Männer und für die gemeinsame Feier ihres Andenkens. *) Längere Zeit wurde das Begräbnis in der Kirche noch als alleiniges Vorrecht der früher als Opfer ihres Glaubensmuthes gestorbenen Männer angesehen. Indessen strebte man allmählich, und angesehene Leute, welche zur Erlangung dieser Vergünstigung der Kirche und deren Klerikern Schenkungen und Vermächtnisse aussetzten, nicht ohne Erfolg, dahin, neben jenen ebenfalls in der Kirche beigesetzt zu werden, indem man die Nähe jener Heiligen auch im Tode für heilbringend und beseligend erachtete. Ungeachtet kirchlicher und weltlicher Verbote nahm diese Sitte mehr und mehr überhand, während anderseits die *sepulcra privata* immer mehr verschwanden. Denn die Kirche begünstigte den neuen, ihr nicht unbedeutenden Vorthail einbringenden Gebrauch, da stets Gegengaben der *in atrio ecclesiae* Beigesetzten in reichem Maasse ihr zu Theil wurden. So kam es endlich, in völliger Umkehrung der

*) l. 6 Cod. Theod. de sep. viol. 9, 17 (a. 381).

ursprünglichen Verhältnisse, dahin, dass das *jus private funerandi* durch kirchliches Verbot beseitigt und die Beerdigung *in propriae cujusque parochiae coemeterio* als Regel angeordnet wurde (*Tit. X. de sepult.* 3, 28). So bildeten die gemeinsamen Begräbnisplätze in der Kirche oder in deren unmittelbarer Umgebung, die „Kirchhöfe, *atria ecclesiae*“ im eigentlichen Sinne des Wortes, anfänglich wirklich den Vorhof, gleichsam einen Bestandtheil der Kirche selbst, ein *accessorium ecclesiae*. Später bei dem wachsenden Umfang und der rasch zunehmenden Bevölkerung der Städte, wurden die Begräbnisplätze, nunmehr nur noch in übertragener Bedeutung „Kirchhöfe“ genannt, von den Kirchen weg *extra urbem* verlegt, zum Theil, besonders seit dem vorigen Jahrhundert, auf ausdrückliche Anordnung der Obrigkeit. Damit auch diese ihrer geistlichen Bedeutung nach wirkliche *atria ecclesiae* seien, und der ursprüngliche Sinn der Einrichtung nicht verloren gehe, wurde es Sitte, auf diesen sogenannten Kirchhöfen eigene Capellen zu errichten und diese sowohl wie den Kirchhof besonders zu *benediciren*. *) Aehnlich findet in der protestantischen Kirche eine Dedication der Gemeindeg Kirchhöfe, aber mit wesentlich verschiedener innerer Bedeutung, regelmässig statt.

§. 17. Das geltende Recht der *res sacrae* im heutigen Sinne (Beschaffenheit, Entstehung, Aufhebung).

Hierher sind zu zählen die Kirchengebäude, Capellen und Oratorien der Katholiken, die Altäre, die gottesdienstlichen Kirchengeräthe und die Kirchhöfe (die *res consecratae* und *benedictae* des katholischen Kirchenrechts.)

Indem wir nun anfangen, deren Rechtsverhältnisse genauer zu betrachten, kehren wir zunächst die negative Seite in einer kurzen Recapitulation passend hervor. Verschwunden ist in der christlichen Kirche die Consecration auf

*) Boehmer, III. 28 §. 9.

Grundlage der *auctoritas populi*, das Privateigenthum des Gründers eines *sepulcrum* oder dessen *qui in id primus infert* am *locus sepulcri*, diese beiden rechtlich wichtigen That-sachen, welche das Wesen der *res sacrae* und der *res religiosae* begründeten und bestimmten. Denn eine Consecration von Staatswegen kommt nicht mehr vor, und die Begräbnis-plätze haben aufgehört, zerstreut auf privatem Grund und Boden zu liegen. Verschwunden ist die Uebertragung menschlicher Stimmungen und Bedürfnisse auf die Gottheit, der Glaube an die *Dii manes* der Verstorbenen und die daraus hervorgegangene Anschauung, dass die Tempel und Tempelgeräthe im Eigenthum der Götter, die Grabstätten in dem der Manen ständen, beide daher jeder menschlichen Berechtigung entzogen, *humanis nexibus exempta* seien.

Ganz verschiedene Grundlagen für das Recht dieser Gegenstände ergaben sich aus der christlich-kirchlichen Anschauung.*) Es ist soviel unbestreitbar, dass vor der katholischen Consecration und Benediction und vor der protestantischen einfachern Dedication die Kirchen und Kirchensachen, sowie die kirchlichen Begräbnisplätze sich im kirchlichen Eigenthum befinden, und zwar nach katholischem Recht im Eigenthum des einzelnen Kircheninstituts, der besondern bischöflichen oder Parochialkirche als der juristischen Person, nach protestantischer Rechtsanschauung in demjenigen der einzelnen Kirchengemeinde, welche hier als Trägerin der juristischen Persönlichkeit gedacht wird. Der Erwerbstitel ist ganz nach den gewöhnlichen Grundsätzen entweder ein zweiseitiger Vertrag (Tradition *ex justa causa*) oder eine einseitige Hinterlassung (*legatum ad pias causas etc.*). Ob die Consecration oder Dedication auf dies Verhältniss irgend einen modificirenden Einfluss habe und welches überhaupt ihre Bedeutung sei, davon wird alsbald die Rede sein.

Aber nicht etwa nur die Kirche oder Kirchengemeinde haben wir uns als befähigt zu denken, das Eigenthum der

*) Vgl. über das Folgende: Richter, Kirchenrecht 5. Aufl. §. 286, 300, 301. Schulte in d. Ztschr. f. Civilr. und Proc. N. F. VIII.

res sacrae inne zu haben, sondern es kommt auch nicht selten vor, dass blossen Privatpersonen an gottesdienstlichen Gebäuden mit allem ihrem Zubehör das Eigenthum zusteht. Dies ist der Fall bei Schloss- und Hofkirchen, bei Privatkapellen auf den Gütern grosser Grundbesitzer. Dies Eigenthum geht wie jedes private Recht auf jeden Universal- und Singularsuccessor des Inhabers über *).

Wir sehen ferner, dass in manchen Gegenden die bürgerliche Gemeinde Eigenthümerin der Begräbnisplätze ist, ja sogar, dass in einigen Ländern der Staat als Eigenthümer der *res sacrae* betrachtet wird, welche hierdurch geradezu den *res publicae in publico usu* gleichgestellt werden. **) Das erstere ist besonders häufig der Fall, seit die bürgerlichen Verwaltungsbehörden sich des Begräbniswesens angenommen und für die Errichtung von Begräbnisplätzen ausserhalb der bewohnten Orte ihrerseits Sorge zu tragen angefangen haben.

Auch können nach heutiger Rechtsansicht dingliche Rechte an diesen Gegenständen Privaten eingeräumt werden. Es wird z. B. für zulässig gehalten, dass ihnen Servituten an Kirchhöfen zustehen ***).

Daraus geht hervor, dass das Recht des Eigenthums *in abstracto* jeder rechtsfähigen Person zustehen kann.

Dennoch ist fortdauernd daran festzuhalten — und wird auch von den bedeutendsten heutigen Schriftstellern über das Kirchenrecht (Walter, Schulte, Richter) anerkannt — dass die *res sacrae* in einem bestimmten Grade *extra commercium* im eigentlichen Sinne sind. Denn bestimmte

*) Stryk, U. M. P. II. 272: Licet templa per se venditioni obnoxia non sint, per modum accessorii tamen transeunt in emptorem; e. g. si feudum vendatur templo instructum, hoc simul in emptorem transit, una cum jure patronatus et aliis accessoriis. Wächter W. Pr. R. II S. 283 bei N. 10.

**) Ueber den erstgenannten Fall s. Boehmer J. E. Pr. III, 28 §. 12; über den zweiten in Bezug auf das in der Schweiz geltende Recht Rüttimann, Nachtrag zu s. Gutachten betr. d. Baseler Festungswerke S. 12. 22. —

***) Ein oberstrichterliches Urtheil, s. bei Seuffert VI. 140.

Eigenthumsrechte können daran nicht geübt, nicht als solche erworben oder jemandem tradirt werden. Die Grenze dieser Rechtsbeschränkung bestimmt sich durch die von dem Kirchenregiment gesetzte gottesdienstliche Bestimmung der Cultusgegenstände, welche als Grund jener anzunehmenden Extracommercialität betrachtet werden muss *). Dieser Grund liegt bei Katholiken wie Protestanten vor, daher in beiden Kirchen die Verkehrsbeschränkung der *res sacrae* gilt. Eine Verschiedenheit zwischen ihnen findet nur insofern statt, als nach katholischem Rechte diese Sachen, um zu dem bestimmungsmässigen Gebrauch fähig und geschickt zu werden, durch den sacramentalen Ritus einer Consecration oder Benediction geweiht und mit einer innern Heiligkeit durchdrungen werden müssen, während bei den Protestanten die Dedication diesen Zweck nicht hat, sondern lediglich der Cultusgebrauch selbst die Sacertät oder hier besser die Sanctität, die Abschliessung von dem Kreise der *res profanae*, zu Stande bringt. Die protestantische Einweihung ist eine nur durch die Sitte gebotene blosse feierliche Gebrauchseröffnung; die Eigenschaft der Sanctität wird den Sachen lediglich durch den gottesdienstlichen Gebrauch mitgetheilt, zu dem sie durch einen Willensact des Kirchenregiments bestimmt werden **). Aber auch im katholischen Kirchenrecht werden die eigenthümlichen Rechtsfolgen der Sacertät, welche vornehmlich in der Extracommercialität bestehen, nicht erst aus der Consecration oder Benediction, sondern schon aus der gottesdienstlichen Bestimmung der *res sacrae* abgeleitet ***). Dies ist deutlich gesagt im c. 9 X. *de immun. eccles.* 3, 49: *Ecclesiae, in qua divina mysteria celebrantur, licet adhuc non exstiterit consecratio, nullo jure privilegium immunitatis adimitur: quia obsequiis divinis dedicata, nullius est temerariis ausibus profananda.*

*) Vgl. E. Herrmann: Ueber das Recht der Einräumung evang. Kirchen zu nichtgottesdienstl. Gebrauch, in d. Ztschr. f. Kirchenrecht. 5. Jahrg. S. 238—240, 241.

**) Herrmann a. a. O. S. 238 fg.

***) Diese ritualen Handlungen haben also an sich allein keine rechtlichen Wirkungen.

Die Folgen der gottesdienstlichen Bestimmung aber, welche die partielle Extracommercialität ausmachen, lassen sich kurz in dem einen Satz zusammenfassen: Es darf niemand einen profanirenden Gebrauch von *res sacrae* machen (s. g. *immunitas ecclesiae*). Dies gilt sowohl nach den particularen protestantischen Kirchengesetzen, wie nach kanonischem Recht *). Als Belegstellen aus dem gemeinen kanonischen Recht führen wir an:

can. 4 Dist. 42: Non oportet in basilicis seu in Ecclesiis agapen facere, et intus manducare, et accubitus sternere.

cap. 12 X. de vita et hon. cler. 3, 1: Interdum ludi fiunt in ecclesia theatrales, et non solum ad ludibriorum spectacula introducuntur in eis monstra larvarum, verum etiam in aliquis festivitibus Diaconi, Presbyteri ac Subdiaconi insaniae suae ludibria exercere praesumunt Mandamus, ... ne per huiusmodi turpitudinem Ecclesiae inquinetur honestas, ... curetis a vestris Ecclesiis extirpare (a. 1210).

c. 5 X. de immun. 3, 49: Seculares iudices causas, ubi de sanguinis effusione et corporali poena agitur in Ecclesia vel coemeteriis agitare sub interminatione anathematis prohibemus (a. 1181).

c. 9 eod., schon oben allegirt.

c. 2 eod. in VIto 3, 23: Cessent in locis illis (Eccl.) universitatum et societatum quarumlibet concilia, conciones et publica parlamenta Cessent in Ecclesiis earumque coemeteriis negotiationes, et praecipue nundinarum ac fori cujuscunque tumultus, omnis in eis secularium judiciorum strepitus conquiescat, nulla inibi causa per Laicos, criminalis maxime, agitetur, sint

*) Herrmann S. 244. 245. Derselbe trennt jedoch die Eigenschaft der Extracommercialität (S. 236 f.) und die der Sacertät (S. 238 f.) Wir meinen dagegen auf Grund der Rechtsquellen, dass beide in engem Zusammenhang stehen. Die aus der Sacertät oder Sanctität hervorgegangenen Beschränkungen des Gebrauchs der *res sacrae* sind eben ein und dasselbe mit der Extracommercialität, welche die Folge der durch die gottesdienstliche Bestimmung bewirkten Sacertät ausmacht, ganz ebenso wie die Verkehrsentziehung der *res publicae* die Folge ihrer eigenthümlichen Bestimmung ist, dem publicus usus zu dienen. Diese Extracommercialität zeigt sich nämlich in folgendem: 1. Es können gewisse Rechte an den *res sacrae* nicht ausgeübt werden. 2. Es können gewisse Rechtsgeschäfte über *res sacrae* nicht gültig geschlossen werden.

loca eadem a Laicorum cognitionibus aliena. §. 1. Et nihilominus processus Judicium secularium ac specialiter prolatae sententiae in eisdem locis omni careant robore firmitatis (1273).

Wegen des protestantischen Rechts ist besonders wichtig das Zeugnis von Stryk *ad Dig. I, 8* (Bd. I): §. 2. *Hoc vero admittere nequeo, quod nec ecclesiae seu templa moribus Evangelicorum pro sacris amplius habeantur, ut vult Groenwegen de LL. abrog. ad §. 8 J. h. t. Quamvis enim admittam, ipsis templis per se non inesse sanctitatem, concedendum tamen omnino, templum ejusmodi a consortio rerum profanarum penitus separatum, nec aedificantem quicquam dominii sibi reservasse.* Und weiterhin in §. 4: *dedicatio et adhibitio, quae duo si concurrant, res sacra erit, altero deficiente, profanis adscribenda.* — Die protestantischen Kirchenverordnungen s. bei Herrmann a. a. O. —

Aus diesem obersten Hauptsatz ergiebt sich der abgeleitete: Alle diejenigen Eigenthumsrechte an *res sacrae* sind ausgeschlossen, deren Ausübung einen *profanus usus* involviren und somit die denselben geschuldete Ehrfurcht verletzen würde *).

Mit Benutzung der in den obigen Stellen des kanonischen Rechts befolgten Gesichtspunkte der Unterscheidung zwischen erlaubten und profanen Gebrauch können wir z. B. folgende Fälle eines unerlaubten, weil profanirenden Gebrauchs der *res sacrae* als unzweifelhaft ansehen: Es ist unzulässig, ein Kirchengebäude als Magazin, die heiligen Geräthe (Kelche) bei Gastmählern, die Gottesäcker zum Trocknen von Wäsche zu benutzen; der Eigenthümer ist nicht berechtigt, jemandem den Eintritt in die Kirche zu gottesdienstlichen Zwecken zu verbieten oder an ungewöhnliche Bedingungen (z. B. Zahlung eines Eintrittsgeldes) zu knüpfen. Es ist ferner unerlaubt, weltliche Belustigungen, profane theatralische Aufführungen in den Kirchen oder auf den Kirchhöfen zu veranstalten. Diese Beispiele, in denen niemand einen *profanus usus* der crassesten Art verkennen

*) Vgl. S. Stryk l. c. und in der Schrift *De cautelis contract. necess. I. 13 §. 13.*

wird, gewinnen an Anschaulichkeit und Wahrscheinlichkeit, wenn wir uns einen Laien, eine Privatperson als Eigenthümer der Kirche vorstellen; der Anlass zu einer solchen Nichtachtung der Eigenthumsbeschränkung dürfte bei dieser Voraussetzung manchmal nicht gerade fernab liegen. Allein die citirten Stellen erwähnen auch eines solchen rechtswidrigen Gebrauchs von Seiten des Klerus, des Vertreters der kirchlichen Anstalt als Eigenthumssubjects; es muss auch dies früher häufig vorgekommen sein. Die Erlaubnis zu dieser an sich absolut ausgeschlossenen Eigenthumsausübung kann nur die obere Kirchenbehörde *) und nur dadurch ertheilen, dass sie zugleich *ex justa causa* die Erlaubnis zum Aufhören der ganzen Extracommercialität giebt, indem sie in bestimmten Fällen die Aufhebung der gottesdienstlichen Bestimmung und der Eigenschaft der Sacertät verfügen kann.

Wie aber die Eigenthumsrechte in profanirender Weise nicht ausgeübt werden dürfen, so darf auch diese Ausübung nicht als ein dingliches oder Forderungsrecht auf Dritte durch einen wenn auch formell an sich zulässigen Vertrag übertragen werden. Denn solche Rechte, welche jemand nicht hat, oder nicht üben darf, kann er auch nicht einem Dritten gültig übertragen. Mit diesem nothwendig folgenden Symptom der Extracommercialität erreicht die Wirkung der Verkehrsausschliessung, welche mit der Rechtsbeschränkung des Eigenthümers selbst als ihrem rechtlichen Grunde begann, ihren Gipfel, welcher, ehe ein näherer Einblick seinen Fuss, seine Wurzel zeigt, von ferne allein sichtbar ist.

Es kann daher der oben beispielsweise erläuterte profane Gebrauch auch nicht mieth- oder leihweise oder durch sonst welchen Vertrag Dritten eingeräumt werden. Ausserdem ist aber nach den Quellen noch hervorzuheben die Unzulässigkeit der Ueberlassung zu weltlichen Gerichtsverhandlungen, besonders in Criminalsachen, zum Handelsbe-

*) Stryk l. c. §. 2 in fine: Princeps cum haec jura plerumque per consistoria exerceat, sine hujus consensu nihil quicquam circa templa esse immutandum. — Haec jura d. h. das kirchliche Oberaufsichtsrecht.

trieb, zu weltlichen Belustigungen, zu Versammlungen und Verhandlungen weltlicher Gesellschaften und Corporationen *).

Hierin nun besteht meiner Ueberzeugung nach die Extracommercialität der *res sacrae*. Ganz denselben Inhalt legt *Stryk De caut. contr. I. 13 §. 13* in die Verkehrsaus-schliessung, wo er von den Kirchhöfen also redet: *Observandum, haec (sepulcra) eatenus tantum extra commercium esse, ne ad usum applicentur profanum; ut vero ad eundem usum adhibeantur, eatenus sunt in commercio*. Die Analogie mit den *res publicae* (*in publico usu*) ist unverkennbar. Auf dieselbe wird von den bedeutendsten Schriftstellern des 17. und 18. Jahrhunderts ausdrücklich hingewiesen, besonders bei der weiterhin noch zu erörternden Frage von der Veräusserung der *res sacrae*. Vgl. z. B. *Leyser Meditat. I. specim. 23, 1: Potest interveniente auctoritate principis res certo usui publico vel sacro destinata et legata in alium plane impendi, si id e re esse videatur*. Aehnlich *Stryk De caut. contr. I. 13 §. 15*. An beiden Arten von Sachen sind die *nuda proprietas* und bestimmte Eigenthumsrechte zulässig, bestimmte aber der Ausübung nach ausgeschlossen; bei beiden bildet den Grund dieser Ausschliessung und der darauf beruhenden Extracommercialität die öffentliche, in dem einen Falle von der Staatsgewalt, im andern vom Kirchenregiment verordnete besondere Zweckbestimmung. Wir sind weit entfernt, mit dieser Analogie alles beweisen zu wollen, allein wir glauben, dass uns dieselbe zur ferneren Unterstützung unserer quellenmässigen Darstellung der Sache dienen kann.

Dagegen als entschieden nicht profanirend, wenn auch nichtgottesdienstlich, daher als erlaubt zu bezeichnen ist der Gebrauch der Kirchen und Kirchhöfe für Werke der Pietät und Frömmigkeit, für Aufführungen von frommem und würdigem Charakter, besonders Kirchenmusiken, für Zwecke der ernsten, reinen Kunst und der Wissenschaft, besonders für gelehrte Disputationen und Verleihungen

*) Vgl. Herrmann S. 241.

akademischer Würden. *) Innerhalb dieser Schranken kann der Kircheneigenthümer nicht nur selber sein Eigenthum ausüben, er sei eine physische oder juristische Person **), sondern die Benutzung der Kirchen auch Dritten durch Verträge jeder Art übertragen. Innerhalb dieser Grenzen sind daher die *res sacrae in commercio*. Denn der Abschluss eines *commodatum loci* z. B. hat an und für sich gewiss nichts profanirendes, und eine *locatio* verliert sicherlich ebenso alles Anstössige, wenn man bedenkt, dass das Miethgeld ins Kirchengeld fließt, also zu kirchlichen Zwecken verwendet wird, dass ferner eine Vermiethung der Kirchen in ihren einzelnen Theilen, nämlich in den Kirchenstühlen, überall stattfindet (s. diesen §. a. E.). Es kommt vielmehr lediglich auf den materiellen Inhalt des Vertrages an, auf den Zweck, zu welchem vermiethet, zu welchem verliehen wird. Es ist nirgends in den Quellen gesagt, dass formell bindende Verträge über *res sacrae* nicht geschlossen werden dürften, sondern es ist nur gesagt, dass kein *profanus usus* stattfinden dürfe; es ist also nur von dem materiellen Gebrauch die Rede ***).

*) Vgl. Herrmann S. 242, Note 11.

**) Auch insofern tritt das Eigenthum an einer *res sacra* praktisch hervor, als nach heutigem Recht Kostbarkeiten (*thesauri*), welche sich in einer solchen finden, dem Eigenthümer als dem *dominus soli* zur Hälfte zufallen. Vgl. Windscheid, Pandekten I. §. 184, Note 10.

***) Herrmann S. 237 will dem entgegen jeden Vertrag, wodurch an *res sacrae* ein Besitz, Gebrauch eingeräumt werden soll, ausgeschlossen wissen. Es soll nur eine „gastweise“ Einräumung der Kirchen statthaft sein, woraus der Gast kein Recht ableiten könne. Setzen wir den Fall, ein Concertgeber beabsichtige, am Sonnabend ein Kirchenconcert zu veranstalten, und habe am Montag vorher vom Kirchenvorstand die Erlaubnis zur Benutzung der Kirche, welche dazu das einzig passende Local im Orte ist, zu diesem Zweck erbeten und erhalten. Alle Vorbereitungen sind beendet, die fremden Celebritäten, welche bei der Aufführung mitwirken sollen, bereits eingetroffen, die Billets ausgegeben — da fällt es am Sonnabend Morgen den Personen des Kirchenvorstandes plötzlich ein, die ertheilte Genehmigung zurückzunehmen und dem Concertgeber sagen zu lassen: die Kirche sei zu solchen Dingen doch eigentlich nicht da, die „gastliche Einräumung“ solle hiermit zurückge-

Ebenso ist kein Grund abzusehen, warum die *nuda proprietas* einer *res sacra* nicht veräussert werden, könnte mit der Wirkung des Eigenthumsübergangs. Der Sacertät oder Sanctität, welche die Quelle und den Maasstab der Extracommercialität bildet, ist ja genug geschehen, wenn der *profanus usus* fern gehalten wird; und dies geschieht, so lange man nur an dem einfachen Satze festhält: *res transit cum onere suo*. Wie eine *res publica* dem Eigenthum nach jederzeit veräussert werden kann, und nur die darauf ruhende Bestimmung des *usus publicus* auch vom neuen Eigenthümer geachtet werden muss (s. u. §. 24), so steht auch nichts im Wege und ist auch nirgends verboten, eine *res sacra* unter Aufrechterhaltung ihrer gottesdienstlichen Bestimmung zu veräussern.*) Dies dürfte besonders zur Anwendung kommen, wenn eine Kirche einer andern *res sacras* verkauft oder verschenkt, um einem Mangel derselben abzuhelpen. Dass der Fall ausserdem selten vorkommen wird, da sich so leicht kein Käufer unter diesen Bedingungen finden mag, ist ein rechtlich gleichgültiger Umstand; es genügt für unsern Zweck, festgestellt zu haben, dass ein solcher Vorgang nicht rechtlich unzulässig sein kann.

Dass wirklich allein in der angegebenen Weise die heutige Privatrechtsbeschränkung der *res sacrae* zu verstehen sei, wird vielleicht noch klarer hervortreten, wenn wir die von anderer Seite vorgebrachte gänzlich abweichende Beschreibung dieser Extracommercialität einer kurzen Prü-

nommen sein! Eine solche offenbare Chicane, welche dritte Personen in die grössten unverschuldeten Verlegenheiten und Schäden bringen würde, hätte also nach jener Theorie nichts Anstössiges, wäre vielmehr völlig erlaubt. H. scheint hier die Motive einer Handlung mit der Handlung selbst zu verwechseln. Die Motive sind allerdings lediglich Gastfreiheit und Gefälligkeit, zu denen der Kirchenvorstand gewiss nicht verpflichtet ist; die aus diesen Motiven hervorgehende Handlung aber räumt dem Andern unzweifelhaft ein Recht ein, dessen Ausübung ihm zu lassen er sehr wohl verpflichtet ist. Er schliesst also einen Vertrag, ein Comodat ab.

*) Vgl. Leyser, Meditat. ad Pand. I, 23 §. 1: At quando res ista in usum aequae vel etiam magis pium adhibetur, alienatio (sc. prohibita) non est, cessatque prohibitio (alienandi).

fung unterziehen. Nach dieser Auffassung besteht nämlich Wesen und Wirkung des *extra commercium esse* in der Ausschliessung der Veräusserung von Kirchen und Kirchensachen, m. a. W. in dem als Regel bestehenden Verbot der Entkleidung der *res sacrae* von ihrer sacralen Bedeutung und ihrer Rückgabe an das *commercium*.*) Denn die Veräusserung ist hier stets nur als eine solche zu denken, wodurch die Sachen ihrer Sacertät entledigt werden und ein gewöhnlicher profaner Laiengebrauch wieder begründet wird,**) wie dies die weiterhin zur Erläuterung dieser allerdings bestehenden Veräusserungsbeschränkung, bei der es nur auf die richtige Ableitung und Auffassung ankommt, anzugebenden Stellen zeigen (z. B. l. 21 C. de sacros. eccl. 1, 2: *cum etiam veteres leges ea etc.*) Dieser Meinung nach besteht also das *extra commercium esse* der *res sacrae* dem Wesen und der Wirkung nach darin, dass — dies Wesen und diese Wirkung nur unter gewissen Voraussetzungen aufhören können! Dass diese Analyse oder Definition widersinnig ist, bedarf wohl keiner nähern Auseinandersetzung. Wir wollten ja nicht wissen, wann eine *res sacra* aufhöre, *sacra* zu sein, sondern welche Eigenschaften ihr zukommen, während und so lange sie *sacra* ist! Wir wollten nicht wissen, wann eine Sache aufhöre *extra commercium* zu sein, sondern das wünschten wir zu erfahren, welche Rechtssätze über sie gelten, während sie *extra commercium* ist! Denn darin allein kann Wesen und Wirkung einer jeden Extracommercialität gesucht und gefunden werden.

Aber vergessen wir einmal für einen Augenblick diese nahe liegenden Bedenken und nehmen wir an, dass „die

*) Dieser Ansicht ist z. B. im Zusammenhang mit einer falschen Definition von *extra commercium esse* (Unfähigkeit, Gegenstand eines Rechtsgeschäfts zu sein, also auch zu Eigenthum übertragen zu werden) Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenth. I. S. 40 flg. — Ferner auch Herrmann a. a. O. S. 236 flg.

**) Leyser, Medit. I. 23 §. 1: *Res sacra tum demum alienari videtur, cum illa religione liberatur, seu quando sacra inde evocantur.*

Hauptwirkung des *extra commercium esse* sich in den zahlreichen und detaillirten Vorschriften gegen ihre Veräußerung so gut wie erschöpfe“.*) Man könnte hierin vielleicht eine Verkehrsbeschränkung in dem von uns als uneigentlich bezeichneten Sinne finden, dass gewisse Rechtsgeschäfte über *res sacrae* verboten seien, wonach dieselben zu der zweiten unten (§. 25) zu behandelnden Klasse der *res extra commercium* gehören würden. Allein auch dieser Versuch, die entgegengesetzte Anschauung zu retten, dürfte sich als verunglückt erweisen. Jene Veräußerung ist bekanntlich nicht absolut verboten. Das kanonische Recht stellt im Gegentheil bestimmte Voraussetzungen auf, unter denen sie statthaft und vollgültig sein sollen, auf deren Detail wir hier nicht näher einzugehen haben.

Vgl. c. 13—16. 70 C. 12 qu. 2.

Nov. 120 c. 10. 11. L. 21 C. de ss. eccl. 1, 2.

Eben so gut also, wie man sagt: Veräußerungsgeschäfte über *res sacrae* sind verboten (ausgenommen höchstens wenn u. s. w.), kann man auch sagen: Sie sind erlaubt (vorausgesetzt nur, dass Folgendes eingehalten wird u. s. w.). Veräußerungsverträge über *res sacrae* sind also nur an bestimmte Umstände und Bedingungen gebunden, deren häufiges oder seltenes Eintreten gleichgültig ist. Wollte man hierin eine Extracommercialität erblicken, so müsste man auch das gemeine Kirchenvermögen für *extra commercium* erklären, da auch dessen Veräußerung an bestimmte wenn auch weniger strenge Bedingungen gebunden ist; ferner z. B. die Staatsdomainen in den deutschen Territorien, weil zu ihrer Veräußerung bestimmte Voraussetzungen (Consens der Stände) erforderlich sind, oder die *praedia minorum*, weil die Obervormundschaft nur aus gerechten Gründen zur Veräußerung ihre Zustimmung geben darf — kurz, der Begriff der *res extra commercium* würde eine so unklare und vage Ausdehnung erhalten, dass wir auf ihm, wie auf einem grenzenlosen Ocean, steuerlos und uferlos umherirrten.

Es bleibt demnach nichts übrig, als die Vorschrift, dass

*) So Herrmann, S. 236.

die *res sacrae* partiell *extra commercium* seien, in dem vorher angenommenen Sinne zu verstehen.

Damit soll die Wichtigkeit der kanonischen Vorschriften über die Veräußerung durchaus nicht geleugnet sein. Ich möchte ihnen nur einen richtigern Platz in dem Ganzen dieser Lehre angewiesen sehen, und diesen glaube ich gefunden zu haben, indem ich sie lediglich unter der Rubrik „von der Aufhebung der Extracommercialität der *res sacrae*“ behandle. Hierüber ist noch einiges zu bemerken.

Wir sahen, dass die Entstehung der Sacertät oder Sanctität und folgeweise auch die Extracommercialität ihren Grund hat in der Bestimmung des Kirchenregimentes. Ebenso kann das Erlöschen dieser Eigenschaft nur durch den Willen der obern Kirchenbehörde, in der katholischen Kirche des Bischofs oder des Domcapitels (s. besonders c. 52 C. 12 qu. 2, cap. 2 de reb. eccl. alien. in VIto 3, 9), bei den Protestanten des Landesherrn resp. des Consistorii,*) erfolgen. Dieser Genehmigung muss eine *causae cognitio* vorausgehen, und die Ertheilung darf nur *ex justa causa* d. h. aus einem hinreichenden Grunde geschehen. Als hinreichender Grund gilt aber nach kanonischem Recht: die Verwendung zur Bezahlung von Kirchenschulden, zur Auslösung von Gefangenen, zum Unterhalt der Armen in Zeiten der Theuerung.***) Dazu ist aber in der evangelischen Kirche noch gekommen: die *justa causa* eines offenbaren Nutzens der Kirche, wie denn überhaupt die Beobachtung der vorstehenden Grundsätze hier eine weniger stricte ist.***) Dadurch sind die *res sacrae* bei den Evangelischen in Beziehung auf die Gestattung der (profanirenden) Veräußerung ganz dem gemeinen Kirchengut gleichgestellt, was die heutigen Particularrechte anerkennen.†)

*) Leyser, I. 24, 2. — Stryk, De caut. contract. I. 13, 8.

**) cf. can. 13—16. 70 C. 12 qu. 2. l. 22 C. de ss. eccl. 1, 2. Nov. 120 c. 9. 10. Stryk, De caut. I. 13 §. 7. 8.

***) Stryk, l. c. Quae apud Evangelicos minus stricte observantur. — Leyser, spec. 24, 1: Solemnia quae jus civile et canonicum in alienatione rerum sacrarum exigit, adeo stricte moribus non servantur. — Interessant ist auch das hier mitgetheilte Urtheil der Wittenberger Facultät, worin die magna utilitas als *justa causa* vorkommt.

†) Wächter a. a. O. S. 283. 284.

Wo diese Bedingungen fehlen, ist jede Veräusserung im weitern Sinne, d. h. jede Uebertragung eines Rechts an der Sache*) wodurch sie ihrer Sacertät entkleidet und zum Gegenstand des *Commercium* gemacht werden soll, ungültig und unverbindlich. Das kanonische Recht bedroht ausserdem den veräussernden Kirchenbeamten und den Erwerber, das bürgerliche Recht Justinians sogar den die Vertragsurkunde ausfertigenden Tabellionen mit harten Strafen.**)

Es ist nun aber von einzelnen Arten oder Bestandtheilen von *res sacrae* noch besonders zu reden, welche eine grosse praktische Bedeutung haben und vielfach Gegenstand der Besprechung geworden sind; und zwar zuerst von den Kirchenstühlen (*subsellia ecclesiastica*).

Man hat sich über dieselben seiner Zeit viel Kopfbrechens gemacht, und die im 17. und 18. Jahrhundert über das sogenannte „Kirchenstuhlrecht“ erschienene Literatur könnte den Raum einer kleinen Bibliothek ausfüllen. Die zum Theil sehr weitschweifigen Abhandlungen versäumen es, auf einfache, feststehende Principien zurückzugehen und auf deren Grunde weiter zu bauen; daher sie die Sache oft ganz unnöthig verwickeln und erschweren.***)

Die älteren Schriftsteller behandeln nun die *subsellia ecclesiastica* durchaus als *res extra commercium*. Diese Eigenschaft verstehen sie aber in dem Sinne, dass sie die Unzulässigkeit eines jeden Vertrages mit civilrechtlichen Wirkungen über die Sache in sich begreife.†) Daher die Annahme eines eigenen, nicht civilrechtlichen, Geschäfts der „Lösung der Kirchenstühle“, der beschränkten Disposition über einen erworbenen Kirchenplatz zu Gunsten Dritter, die Leugnung eines Niesbrauchs, oder *Usus*, oder Miethrechts, überhaupt jedes civilrechtlichen Rechtsverhältnisses zu den Kirchen-

*) l. 7 C. de reb. alien. 4, 51. cap. 5 X. de reb. eccl. 3, 13.

**) l. 14. 21. 22 C. de ss. eccl. Auth. Multo magis u. Si quas ad l. 14 cit. can. 70 C. 12 qu. 2. c. 6 X. de reb. eccl. 3, 13.

***) Einen bequemen Ueberblick sowohl über die herrschenden Ansichten wie über die ältere Literatur gewinnt man aus: Schilling, Dr. Köhler's Abhandlung vom Kirchenstuhlrecht. Leipzig 1830.

†) Schilling a. a. O. §. 19, bes. Anmerkung (S. 17).

stühlen, die Auffassung der Erbllichkeit als eines blossen Vorzugsrechtes *) der Intestaterben u. s. w.

Wir brauchen uns bei diesen Irrthümern nicht lange aufzuhalten. Mir scheint als einfaches Princip der Satz vorangestellt werden zu müssen, dass die *subsella ecclesiastica*, als *corpus* betrachtet, einen unselbständigen Bestandtheil des Kirchengebäudes bilden und mit diesem *extra commercium* in dem entwickelten Sinne sind, dass aber von dem *corpus* zu unterscheiden ist das *jus utendi*, und dieses vollständig *in commercio* sich befindet. **) Gegenstand aller Rechtsgeschäfte über die Kirchenstühle, aller über sie aufgeworfenen Fragen bilden aber im Grunde nicht die Kirchenstühle *quoad corpus* — denn *quoad corpus* bilden sie einen integrierenden Bestandtheil des Kirchengebäudes, und das Eigenthum an ihnen kann nur mit dem Eigenthum am *templum* im Ganzen wechseln — sondern eben das Gebrauchsrecht, und dieses wird von den ersten Schriftstellern älterer und neuerer Zeit als ein gewöhnliches *in commercio* befindliches Privatrecht angesehen. ***) Dasselbe kann durch Rechtsgeschäfte jeder Art erworben und übertragen werden. Diese Wahrheit kommt denn auch bei den Autoren des „Kirchenstuhlrechts“ gelegentlich unvermerkt zu Tage; z. B. bei Schilling, wo im §. 27 plötzlich von einem Zins die Rede ist, gegen welchen der Kirchenstuhl überlassen werde. Natürlich ist auch beim Kirchenstuhl ein jeder profane Gebrauch ausgeschlossen; aber dies ist eine Folge der Extracommercialität der Kirche, deren Recht auch jene folgen müssen; es hat nicht in einer besondern Eigenschaft der letztern seinen Grund.

Ausserdem sind die Begräbnisplätze noch besonders zu

*) Schilling §. 30. 52 flg.

**) Lehrreich ist die Vergleichung der einen ganz ähnlichen Fall behandelnden l. 32 D. de contr. emt. 18, 1: Qui tabernas argentarias . . . quae in publico solo sunt, vendit, non solum, sed jus vendit: cum istae tabernae publicae sint, quarum usus ad privatos pertinet.

***) Vgl. besonders Leyser, spec. 22, 4 und das dort angeführte Urtheil der Helmstädter Facultät von 1714. — Glück, Commentar II. §. 167. — Wächter, a. a. O., Note 11.

erwähnen. Hier muss man sich zunächst daran erinnern, dass sie, wie jede andere *res sacra*, zwar im Eigenthum einer jeden Person (der kirchlichen, der bürgerlichen Gemeinde, eines Privatmannes) stehen können,*) jedoch innerhalb der angegebenen Grenzen in beiden Kirchen *extra commercium* sind. Sie stehen nach kanonischem Recht den Kirchen an Heiligkeit gleich, was sich aus der Geschichte ihrer Entstehung erklärt (s. oben S. 55). Durchaus die Regel bilden natürlich die *publica coemeteria* der kirchlichen oder bürgerlichen Gemeinden. Die der letzteren sind von den *res civitatis in publico usu* in keiner Beziehung verschieden. Der Einzelne erwirbt gegen Zahlung eines bestimmten Preises ein dem *jus utendi* an den *subsella ecclesiastica* vergleichbares Gebrauchsrecht zum Zweck der Beerdigung. Dieses *jus sepulturae* ist jedoch kein dingliches Recht an der erworbenen Grabstätte. Denn kein einziges der verschiedenen vernünftigerweise anführbaren dinglichen Rechte will in dieser Anwendung passen. Das Eigenthum bleibt anerkanntermassen bei dem *dominus coemeterii*;***) der *Ususfructus* würde, soviel den *fructus* betrifft, gegenstandslos sein; der *Usus* beruht zu sehr auf römischen Eigenthümlichkeiten, als dass man ihn auf Verhältnisse anwenden dürfte, welche den Römern fremd waren. Es bleibt daher nichts übrig, als ein rein obligatorisches Recht anzunehmen, und zwar das aus einer gewöhnlichen *locatio et conductio* entspringende, wobei die zu zahlende Summe die Stelle der *merces* einnimmt. Dass man im gewöhnlichen Leben meistens vom „Kauf“ und vom „Kaufpreis“ eines Begräbnisses redet, darf uns nicht irre machen; denn es ist bekannt, wie verschwenderisch man mit diesen Ausdrücken zur Bezeichnung der heterogensten Geschäfte umgeht („Kauf“ einer Concession, eines Militärstellvertreters, einer Leibrente). Eine bestimmte allgemeine Rechtsansicht kann man daher aus dieser Bezeichnungsweise nicht ableiten.

*) Wächter a. a. O. S. 284.

**) Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum in ihrer heutigen Anwendb. I. S. 46. Note 2.

Die *dormitoria publica* im Eigenthum des Kircheninstituts oder der Kirchengemeinde sind gleich andern *res sacrae* partiell *extra commercium*; d. h. sie können nicht Gegenstand von Rechten sein, in deren Ausübung ein profanirender Gebrauch liegen würde. Das *jus utendi* aber, welches ein jeder durch einen Miethcontract mit der Kirchenbehörde erwerben kann, befindet sich vollständig *in commercio*, und ist in dieser Eigenschaft streng von dem Kirchhof im Ganzen (*quoad corpus*) zu unterscheiden. Die Sache liegt ganz ähnlich wie bei den Kirchenstühlen. Mit diesen zusammen bilden die Begräbnisplätze die *res sacrae quae privatis inserviunt*, gleich denselben können sie durch Contracte jeder Art und unter Privaten *quoad jus utendi* übertragen werden: durch onerose und lucrative Verträge, durch Legat und sonstige letztwillige Verfügungen.*) Sie können auch getheilt und einzelne Plätze in einem Grabmal anderen Personen überlassen werden, und die Vorschrift des römischen Rechts, wonach *loca religiosa* nicht *in iudicium familiae herciscundae venire* können, ist als antiquirt zu betrachten. Natürlich dürfen die *sepulcra* nicht *ad usum profanum* von Hand zu Hand gehen; dies ist aber eine Folge der Extracommercialität des *corpus*, d. h. hier des ganzen Kirchhofes, von dem das *jus utendi* wohl zu unterscheiden ist. Zwischen beiden besteht dieselbe Verschiedenheit wie zwischen dem *corpus ecclesiae* und dem *jus utendi subsellis ecclesiasticis* (S. 70).

Der Inhaber einer Grabstätte hat gegen den Eigenthümer des Kirchhofes die *actio conducti*, wie jeder Miether, auf Ueberlassung des eingeräumten Gebrauchs; dieser gegen jenen auf ordnungsmässige Ausübung desselben. Gegen Dritte, welche unbefugter Weise an der Grabstätte Ver-

*) Leyser spec. 22 4. — Stryk, Usus mod. ad D. 11, 7 im §. 30—35, wo es z. B. heisst: Si salvus maneat sepulcri privati usus religiosus, omnibus illis modis haec transferri posse censeo Jus sepulturae permutando transferri potest Ex eodem fundamento etiam gratis cedi vel donari sepulcra possunt Porro etiam praescriptione sepulcra acquiri recepta sententia est Non video rationem, quare sepulcrum dividi nequeat.

änderungen vornehmen oder den Inhaber sonstwie in deren Besitz stören, hat letzterer das *Interdictum quod vi aut clam*.*)

b) Die öffentlichen Sachen des heutigen Rechts.

§. 18. Einleitung und Uebersicht.

Zu den partiell dem Verkehr entzogenen Sachen, d. h. zu den Gegenständen, an denen bestimmte Rechte von niemand geübt werden können, gehören zweitens auch die öffentlichen Sachen des heutigen Rechts.

Um für die Darstellung derselben den richtigen Anknüpfungspunkt zu gewinnen, bedarf es eines Rückblicks auf die Entwicklung, welche die Lehre von den *res in publico usu* im Laufe des Mittelalters genommen hat. Diese Rückerinnerung wird uns insbesondere von Nutzen sein, um die Aussprüche der früheren Schriftsteller über zweierlei in Verbindung stehende wichtige Materien, nämlich über die öffentlichen Flüsse und über die auch für unsern Zweck nicht ganz bedeutungslose Lehre von den Regalien zu verstehen und richtig zu verwerthen.

Während das römische Recht, wie wir gesehen haben, unter den im Eigenthum des Staates befindlichen Sachen die *res fiscales in patrimonio populi* von den *res in publico usu* unterscheidet, und die letztgenannten zwar ebenfalls als staatliches, aber extracommerciales, beschränktes Eigenthum behandelt, flossen der germanisch-mittelalterlichen Rechtsanschauung beide Kategorien gänzlich zu der einzigen des nutzbaren königlichen Eigenthums (*regalia*) zusammen. Diese eigenthümliche Abweichung vom römischen Recht hängt unzweifelhaft genau zusammen mit der charakteristischen Vermischung und Verwechslung privatrechtlicher und staatsrechtlicher Elemente im Recht des Mittelalters, welche, wie

*) Dies ist anerkannt in einem Urtheil des königl. Hannoverschen Obergerichts zu Göttingen aus den 50er Jahren (Wiese c. Funcke).

zu der Ausgestaltung der Lebensform in ihren mannichfachen Anwendungen auf Verhältnisse und Institute von rein öffentlichem Charakter, zur Regelung vieler öffentlichen Befugnisse und Pflichten nach der Schablone des Privatrechts, so auch dahin geführt hat, dass man die dem Staat als solchem resp. dem König als Träger der Staatsgewalt in Beziehung auf die dem öffentlichen Gebrauch überlassenen Gegenstände obliegenden Pflichten übersah, die denselben entsprechenden Rechte aber lediglich nach privatrechtlichem Muster construirte und aus privatrechtlichen Gesichtspunkten ableitete. So kam es dahin, dass man bei den genannten dem feinen Tact der Römer ihrer Verschiedenheit nach wohl fühlbaren Bestandtheilen der öffentlichen Sachen keinen innern Scheidungsgrund mehr zu finden wusste.

Für die Wirklichkeit dieser Anschauung lassen sich eine Menge von Belegen anführen. Als Zeugnis der Gesetzgebung ist von besonderer Bedeutung die Constitution Friederich's I. in *II. feud. c. 56*. Hier werden neben wirklichen *res fiscales* (*multarum poenarumque compendia, bona vacantia etc.*) in einer Linie mit denselben als Bestandtheile des königlichen Fiskus genannt: die *viae publicae*, die *flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia* und die *portus*. Aehnliches begegnet uns in den Rechtsbüchern; sie nennen die öffentlichen Wege „des Küniges Strasse“ (*S. Sp. II. 60. 61. 98*). Ganz besonders aber leuchtet diese Anschauung hervor noch aus den wichtigen Zeugnissen der bedeutendsten Schriftsteller des 17. und 18. Jahrhunderts, Leyser und Stryk. Ersterer sagt in seinen *Meditationes ad pandectas*, indem er die Unterscheidung des römischen Rechts geradezu verwirft (*specim. 25 §. 1. ff.*):

Publicarum rerum definitio quae in jure Romano definitur, statui populari, non monarchico convenit. Ferner: In monarchiis omnes publicae res ad regalia referuntur

Viae publicae apud Romanos ad integrum populum pertinuerunt, nunc ad principem; u. s. w. an manchen andern Stellen.

Stryk im *Us. mod. pand. Tom. IV. ad tit. D. 43, 10* im §. 3 spricht von den öffentlichen Sachen in folgender Weise: *Ceterum referuntur hodie viae publicae ad regalia,*

praecipue vero quoad redditus ex viis publicis percipiendis quos fiscus sibi vindicat, ob quos redditus etiam curam superiorem circa eas sibi vindicat. Und ad tit. D. 43, 11 im §. 1: *Hodie quidem flumina publica ad principem spectant, nec cuiquam jus quoddam in flumine competit, nisi ex principis concessione habuerit.* Weiterhin bemerkt auch er, die römische Unterscheidung beruhe auf der demokratischen Verfassung Roms, und sei mit den monarchischen Verhältnissen in Deutschland unvereinbar.

Gegen diese Anschauung, die in einzelnen Folgerungen noch nachklingt, wie wir bei den öffentlichen Flüssen bemerken werden, hat aber in neuerer Zeit die römische Distinction zwischen *res fiscales in commercio* und *res publicae extra commercium* in Gesetzgebung und Doctrin den Sieg davongetragen. Nicht dass alle Consequenzen der römischen Extracommercialität damit adoptirt wären — wir werden das Gegentheil zu erkennen noch Gelegenheit haben — aber über den Grundgedanken herrscht in der heutigen Doctrin die fast einstimmige Ansicht, dass die öffentlichen Sachen wie im römischen Recht zwar wahres Staatseigenthum bilden, aber vom eigentlichen Fiscaleigenthum sich dadurch unterscheiden, dass sie partiell dem Verkehr entzogen sind. *)

Auf die Einwürfe, welche gegen diese Theorie in neuester Zeit von einigen Gelehrten erhoben sind, werden wir späterhin zu sprechen kommen.

Neben den Sachen des Staates finden sich nun auch bei uns Sachen der Gemeinden und Privatpersonen im öffentlichen Gebrauch, namentlich die diesen zugehörigen öffentlichen Wege, Strassen und Plätze. Ausser den bisher genannten Gegenständen gehören noch zu den *extra commercium* befindlichen Sachen des Staates oder der Gemeinden etwaige Festungswerke, gewisse Anstalten zum öffentlichen Nutzen und Bequemlichkeit (öffentliche Bibliotheken, Museen, Brunnen, Begräbnisplätze u. s. w.), nicht aber mehr

*) Vgl. vorläufig: Glück II. §. 170. Göschen, Vorlesungen I. §. 72. — Puchta, Pandecten §. 35 u. a.

die im römischen Recht oft erwähnten *stadia* und *theatra*. Ueberhaupt sind öffentliche für Festlichkeiten und Vergnügungen bestimmte Gebäude heutzutage in keiner Beziehung mehr *extra commercium*. *)

§. 19. aa) Die öffentlichen Gewässer.

Sie sind von den übrigen öffentlichen Sachen deshalb strenge zu sondern, weil sie nicht wie diese im Privateigenthum stehen. Dies wird alsbald zu begründen versucht werden.

Fragen wir zunächst, welche von den fließenden Gewässern hierher gehören, so geht die überwiegende Meinung dahin, dass zu den öffentlichen Flüssen heutzutage nicht alle *perenne* fließenden, sondern nur die schiffbaren Gewässer zu zählen seien **). Diese Abgrenzung beruht übrigens auf der irrigen Annahme, als sei dieselbe schon in den Rechtsbüchern des Mittelalters, besonders im Sachsen- und Schwabenspiegel, aufgestellt worden. Allein die Stellen, welche man dabei im Auge hat ***), sprechen gar nicht von dem Gegensatz zwischen schiffbaren und nicht schiffbaren Flüssen, sondern zwischen strömendem und stehendem Wasser, und verbieten den Fischfang im letztern. Beruht daher die heutzutage befolgte Eintheilung auf unrichtiger Voraussetzung, so ist sie doch wenig schädlich, da in vielen Fällen die Perennität und die Schiffbarkeit factisch zusammentreffen werden.

Ueber den Umfang der an diesen Gewässern möglichen Privatberechtigungen haben in Deutschland zu verschiedenen Zeiten sehr verschiedene Ansichten geherrscht, welche hier kurz referirt werden mögen.

1. Im Mittelalter betrachtete man die *flumina publica*

*) Wächter, Würt. Pr. R. II. S. 286.

**) Vgl. aus der Gesetzgebung das Preuss. Land-R. II. 15 §. 38, wegen der Doctrin Windscheid, §. 146 Note 9, wo die Schriftsteller (besonders Germanisten) für jene Ansicht angegeben werden.

***) Spec. Sax. II. 28, Sp. Suev. 197.

allgemein als fiscalisches Staatseigenthum und suchte dasselbe durch verschiedene theilweise sehr äusserlich deducirende Theorien zu begründen. Man folgerte dies Rechtsverhältnis besonders aus den mancherlei dem königlichen Fiscus an den Flüssen zustehenden nutzbaren Rechten, welche in Deutschland seit unvordenklicher Zeit geübt worden waren. *) Diese sind aber nicht als Ausflüsse eines privatrechtlichen Eigenthums zu betrachten, sondern sie stehen vielmehr in Zusammenhang mit der Staatshoheit, der *cura superior* über die öffentlichen Flüsse (s. Stryk in der S. 74 citirten Stelle). Diese Theorie ist eine Frucht der Verwechslung der hoheitlichen Befugnisse des Staates mit privatrechtlichen Principien (s. o. S. 74 flg.). Sie hing ferner auch zusammen mit der grossen Ausdehnung, welche dem *jus fisci* dadurch gegeben wurde, dass man alle herrenlosen Gegenstände für fiscalisches Eigenthum ansah. **) Diese Ansicht ist jedoch als längst antiquirt zu betrachten und schon von älteren Schriftstellern verworfen worden. ***)

2. In neuerer Zeit hat man mehrfach ein sogenanntes „öffentliches“ Eigenthum des Staates (im Gegensatz zu seinem Privateigenthum) an die Stelle gesetzt †) und dasselbe auch schon im römischen Recht finden wollen, weil dort die Flüsse „*publica*“ genannt würden. Was letzteres Argument betrifft, so sind wir bereits bei unserer Betrachtung des römischen Rechts zu dem Resultat gelangt, dass aus der Bezeichnung der *flumina* als *publica* ein Staatseigenthum nicht gefolgert werden kann. Jene ganze Unterscheidung aber einer dop-

*) S. z. B. Stryk, *usus mod. pand.* tom. I ad tit. D. 1, 8 (§. 10): *Notum est quod hodie flumina et portus regalibus adscribantur Unde flumina tam quoad proprietatem quam jurisdictionem Principis esse plerique asserunt.* — D. Mevius, P. IV dec. 39 §. 1 n. 3: *In fluminibus publicis quum proprietate sint reipublicae, usu omnium etc.*

**) II. Feud. c. 56.

***) Vgl. schon Runde, *Grundsätze des gem. deutsch. Privatrechts* 5. Aufl. 1817 §. 101 b und flg. — Heimbach in Weisske's *Rechtslexicon* XIV. S. 118 flg.

†) Gesterding im *Archiv f. d. civil. Praxis* III. n. 5. — Schwab daselbst XXX. Beilageheft. — Funcke das. XII.

pelten, unter verschiedenen Rechtssätzen stehenden Art von Staatseigenthum ist ein leeres alles juristischen Gehaltes baares Gebilde neuerer Juristen. Was man unter öffentlichem Eigenthum versteht, ist nichts anderes, als das territoriale Hoheitsrecht: und interessant ist es, zu finden, dass die Vertreter jener Ansicht selber gestehen, dass der Rechtsgrund der dem Staate über die öffentlichen Flüsse zustehenden Befugnisse sich eben so gut aus dessen Hoheitsrecht ableiten lasse, also die Aufstellung eines besondern Rechtstitels in Gestalt des öffentlichen Eigenthums im Grunde unnöthig sei. *)

3. Der gewiss richtigen Ansicht zufolge fließen die sämtlichen dem Staate über die öffentlichen Flüsse zustehenden Rechte schon aus seiner territorialen Souveränität ab. **) Diese Rechte des Staates bilden einen Bestandtheil seines allumfassenden Obergewaltrechts. Das ganze Verhältnis des Staates zu den öffentlichen Flüssen ist also kein privatrechtliches, sondern ein öffentliches Rechtsverhältnis. Dies erleidet aber eine Ausnahme hinsichtlich der heutigen Tages noch wirksam gebliebenen „regalen“ Rechte über die Flüsse (S. 82). Diese lassen sich allerdings bei historischer Rechtsbetrachtung nur als nutzbare Privatrechte des Staates auffassen (Mühlenregal, Fischereiregal u. s. w.)

Dabei kann man Gerber zugeben, dass im heutigen Staate sich theilweise wohl auch diese Berechtigungen aus dem Hoheitsrecht des Staates ableiten lassen; ***) allein man darf nicht vergessen, dass historisch die Sache anders liegt.

Die öffentlichen Flüsse befinden sich also in Wahrheit nicht im Staatseigenthum. Man kann, um ein solches aufrecht zu erhalten, auch nicht einwerfen, in der Beherrschung eines Flusses durch vom Staat angelegte Befestigungswerke documentire sich ja die Besitzergreifung und folgeweise ein

*) z. B. Schwab a. a. O. S. 57. Note 80.

**) Gerber, Deutsches Priv.-R. §. 64. — Kori im Archiv. XVIII. n. 2 S. 39.

***) Gerber, D. Priv.-R. §. 63, Note 9.

Eigenthumserwerb des Staates. Denn jene Anlagen geschehen nicht *animo domini*, sondern *animo imperii* von Seiten des Staates; es vollzieht sich in ihnen nicht eine privatrechtliche Occupation, sondern ein öffentlicher Act der Staatsgewalt zur Sicherung des Gemeinwesens und Gemeinwohles.

So wenig aber wie der Staat kann eine Privatperson sich das Eigenthum über die öffentlichen Flüsse zuschreiben. Denn beide Fälle sind gleichmässig durch den einen Umstand ausgeschlossen, dass gemäss der natürlichen Beschaffenheit der *flumina perennia* keine der denkbaren Erwerbarten des Eigenthums bei ihnen passen will *). Denn das Eigenthum beruht nothwendig auf der Möglichkeit des Besitzes, ein solcher ist aber an einem *flumen perenne* nicht denkbar.

Vielmehr sind die öffentlichen Gewässer auch heutzutage, wenn auch nicht so vorwiegend wie nach römischem Recht, dem öffentlichen Gebrauch von Natur hingegeben und dem Privatrecht entzogen. Denn der öffentliche Gebrauch ist kein Privatrecht, welches einen Anspruch auf gerichtlichen Schutz begründete und der Cognition der Gerichte unterläge. Es fehlt ihm, wie die einfache Betrachtung lehrt, ein Hauptmerkmal eines jeden *jus privatum*: die Beziehung auf ein bestimmtes berechtigtes Subject mit Ausschliessung aller anderen Privatrechtssubjecte von dessen Rechtssphäre. Als Subject des Gemeingebrauchs erscheint nur die Gesammtheit der Nutzenden, diese aber ist keine rechtsfähige Privatperson; die wirkliche Ausübung geschieht durch den einzelnen Nutzenden, dieser aber hat keine persönliche Berechtigung zur Nutzung.

Daraus folgt, dass die Regelung des Gemeingebrauchs in unseren Staaten lediglich Sache der Administrativbehörden ist, und durch etwaige Beschränkung z. B. eines bis dahin ausgedehnter und bequemer bestandenen Gemeingebrauchs keine Privatrechte verletzt werden, also auch keine Competenz der Gerichte begründet wird. Hinsichtlich des öffentlichen Gebrauchs ist noch zu bemerken, dass das

*) S. oben S. 22. 23. Vgl. Windscheid Pandekten I. S. 359.

„*publicus*“ heutzutage praktisch seinen eigentlichen Sinn verloren hat, indem man in unseren Staaten zwischen Einheimischen (*cives*) und Fremden (*peregrini*) nicht eben mehr einen Unterschied macht. (Goeschen a. a. O. S. 227).

Es sind nun aber durch den der natürlichen Bestimmung entsprechenden Gemeingebrauch, wie schon vorher angedeutet wurde, keineswegs alle denkbaren Privatberechtigungen an öffentlichen Gewässern ausgeschlossen. Wäre dies der Fall, so gehörten dieselben zu den *res communes omnium* und hätten ganz von unserer Untersuchung ausgeschlossen bleiben müssen. Vielmehr sind im heutigen Recht zweierlei Arten von Privatberechtigungen an öffentlichen Flüssen denkbar, von denen die erste uns auch im römischen Recht begegnete, die zweite aber aus eigenthümlich deutschen Verhältnissen hervorgegangen ist.

1. Privatrechte können entstehen und entstehen wirklich in manchen Fällen im Zusammenhang mit der Ausübung des gemeinen Gebrauchsrechts. Der Titel ist wie im römischen Recht die unvordenkliche Verjährung oder ein von der Obrigkeit ertheiltes Privilegium. Es kommt dies vor z. B. bei der Errichtung von Bauten im Flusse, bei der Ableitung von Flusswasser zur Irrigation benachbarter Grundstücke u. s. w. Ueberall, so kann man sagen, findet dies Anwendung, wo aus der Ausübung des öffentlichen Gebrauchsrechts für einzelne Personen ein sichtbarer, dauernder Zustand hervor geht, in welchem jene Nutzung sich verkörpert, und wo dieser Zustand durch jene Erwerbstitel legalisirt worden ist *). Dergestalt erworbene Rechte unterliegen nun allerdings der Cognition der Gerichte, und können durch Verfügungen selbst der obersten Verwaltungsbehörden, etwa zu Gunsten anderer Personen, denen entgegenstehende Privilegien ertheilt werden sollen, nicht aufgehoben werden. Denn jener Zustand schliesst ein wirkliches *jus quaesitum* ein.

*) Vgl. die S. 24 angef. Stellen des römischen Rechts u. Goeschen Vorlesungen I. S. 226: „Dies scheint ein an dem Flusse mögliches privates Recht zu sein, in welches der Gemeingebrauch nicht eingreift.“

Diesen Grundsätzen schliesst sich an ein Urtheil des O. A. G. zu Darmstadt vom 19. März 1861 (Seuffert XVII, 99) in dessen Motiven gesagt wird: „Es sei unrichtig, dass an einem öffentlichen Flusse als an einer *res extra commercium* keine Privatrechte stattfinden könnten. Zwar ein Eigenthum sei daran der Natur der Sache nach nicht möglich, wohl aber sei der *usus publicus* oder bei nicht schiffbaren Flüssen der *usus communis* der Anlieger ein Privatrecht, welches der Competenz der Gerichte unterliege Der Satz, dass überhaupt und ohne Unterschied an *res extra commercium* ein Erwerb von Privatrechten unstatthaft sei, sei in seiner Allgemeinheit ganz unrichtig.“

Wir haben hier nur gegen einen Punkt etwas zu erinnern. Man kann nicht sagen, dass der *usus publicus* an sich schon ein Privatrecht sei, das der Competenz der Gerichte unterliege. Man muss sich, wie vorher gezeigt, vorsichtiger dahin ausdrücken, dass seine Ausübung die Veranlassung zur Entstehung von Privatberechtigungen werden kann. Mit diesem Vorbehalt können wir jenem Urtheil beistimmen.

Es versteht sich aber von selbst, dass solche Privatrechte nicht zur Hinderung des *publicus usus* reichen dürfen. Thun sie dieses, so darf das Privileg gar nicht ertheilt oder eine durch unvordenkliche Ausübung rechtmässig bestehende Privatberechtigung muss, wegen des allgemeinen Interesse, aus öffentlichen Gründen aufgehoben werden *). Dies kann jedoch, ganz wie die analoge Expropriation bei Privatgrundstücken zu öffentlichen Zwecken, nur gegen volle Entschädigung des Privatinhabers geschehen **).

2. Privatrechte sind ferner die mehrerwähnten regalen Nutzungsrechte, d. h. solche Berechtigungen, welche an und für sich in Gemässheit der rechtlichen Natur ihrer Objecte dem Gemeingebrauch anheimfallen würden, aber aus

*) S. dasselbe Urtheil bei Seuffert XVII. 99.

**) Gerber D. Pr. R. §. 63, S. 152.

besonderen historischen Gründen ausschliesslich den Regierungen zustehen, welche dieselben insbesondere dadurch sich nutzbar machen, dass sie deren Ausübung entweder in der Form einseitig ertheilter Privilegien (*leges speciales*) oder durch die gewöhnlichen zweiseitigen Rechtsgeschäfte verleihen *). Solche s. g. Flussregalien giebt es in sehr verschiedener Weise; besonders wichtig sind das Fischerei-, das Floss-, und das Mühlenregal. Nicht aber gehören hierher die in der theilweise schon citirten Stelle von Stryk (*ad Tit. D. 1, 8; §. 10—13*) genannten „regalen“ Rechte des Staates. Die drei ersten derselben sind vielmehr nur Anwendungen des öffentlichen Rechts der Oberaufsicht auf die besonderen Verhältnisse der öffentlichen Flüsse **) und erschienen der damaligen noch unter den Einflüssen mittelalterlicher Rechtsideen stehenden Doctrin nur deshalb als Regalien, weil sie *dominium* und *imperium*, Staatsrecht und Privatrecht verwechselte. Im einzelnen sind es folgende Rechte: a. Das *jus teloniorum*, das Recht, einen Schiffsfahrtszoll von Schiffen und Waaren zu erheben. b. Das *jus stapulae*, welches Dufresne im *Glossar. ad script. med. et infimae latin. III.* 1048 so beschreibt: *Stapula est jus in quo potestas conceditur aliunde invectis mercibus quasi manum injiciendi, ab instituto cursu retrahendi, denique ita sistendi ut non prius, quam publico foro divenditae ibi fuerint, alio transferantur.* Dies *jus stapulae* ist, soviel bekannt, nirgends in Deutschland mehr praktisch. c. Das *jus geranii*, nach Stryk *ita dictum a germanico „Krahn“, quod jus eo fine introductum, ut occurratur fraudibus nautarum ad declinandum vectigal, minorem mercium quantitatem declarantium.* Quare per *jus geranii* mercium ulterior translatio non impeditur, uti quidem per *jus stapulae*, sed facta perlustratione et mensuratione mercium solutoque vectigali cursum suum libere continuare valet nauta. Quam facultatem geranii exigendi vi superioritatis territorialis cuivis principi competere puto, qui *jus vectigalis* exigendi habet. Dies Recht hängt also mit dem Recht zur Erhebung

*) Heimbach in Weisske XIV. S. 124 f., Schwab a. a. O. S. 66.

**) Schwab a. a. O. S. 118—147.

eines Schiffahrts- und Waarenzolles eng zusammen. d. Das *jus grutiae, seu ratium derivandarum. Regale hoc esse posse non nego, sed quod ubique regale sit, non ausim asserere unde et in Albi, in Odera, cuicunque illud jus patet.* Dies letzte Recht ist allerdings, wo es existirt, ein Regal im privatrechtlichen Sinne. Wir sehen, wie Stryk im Sinne seiner Zeit ganz verschiedene Gesichtspunkte in einander wirrt.

Ausser jenen Befugnissen (a—c) zur Erhebung von Zöllen auf Waaren und Schiffe gehen noch aus dem staatlichen Hoheitsrecht hervor und sind nicht privaten Charakters: die Berechtigung der Regierungen, Concessionen zur Ausübung des *usus publicus* (Flösserei, wo diese nicht Regal ist, Betrieb des Fahrens, Ableitung des Wassers, Begründung von Privatrechten an Anstalten im und am Flusse u. s. w.) zu ertheilen, dafür eine Abgabe zu erheben, die Art und Weise der öffentlichen Nutzung landespolizeilich zu regeln u. s. w.

Aus dem Bisherigen geht hervor, dass das Maass der möglichen Privatberechtigung an den öffentlichen Flüssen, selbst wenn wir an der Unmöglichkeit der Anwendung des Eigenthumsbegriffs im Ganzen auf dieselben festhalten, im heutigen Recht im Vergleich mit der Anschauung der Römer ein grösseres, und dem entsprechend anderseits die Grenzen des natürlichen Gemeingebrauchs enger geworden sind. Es ist dies eben durch den Einfluss der regalen Rechte in dieser ihrer Anwendung geschehen.

Was nun die Rechtsmittel betrifft, mit denen der Gemeingebrauch gegen Störungen Dritter von jedermann geltend gemacht werden kann, so hält die Praxis die römischen Interdicte noch für anwendbar *). Wirkliche Privatrechte aber an einen öffentlichen Fluss, besonders die durch Verleihung regaler Rechte an Private entstandenen, sind durch eine *actio in factum*, die der *actio ex Lege Aquilia* nachgebildet ist, gegen Eingriffe dritter Personen verfolgbar **).

*) Vgl. die Urtheile bei Seuffert XVII. 99. 224. 246.

**) Seuffert XVII. 224.

Servitutenklagen, auf Ersetzung (*praescriptio definita*) gegründet, sind niemals statthaft *).

Im Verhältnis zum Staate steht keiner Privatperson eine gerichtliche Klage auf Conservirung des Gemeingebrauchs zu. Denn dieser ist kein privatrechtliches Verhältnis, wie wir gesehen haben, er kann daher auch nicht civilrechtlich klagbare Ansprüche in sich schliessen. Glaubt daher jemand Ansprüche in dieser Beziehung erheben zu können, verlangt er z. B. eine Vertiefung des Fahrwassers zur Erhaltung der Schiffbarkeit, so hat er sich lediglich im Wege der Petition oder Beschwerde an die Verwaltungsbehörden in ihren verschiedenen Instanzen zu wenden **).

Die in neuerer Zeit in verschiedenen deutschen Staaten (Preussen, Baden, Braunschweig, Bayern, Weimar, Sachsen) erschienenen s. g. Wassergesetze regeln besonders die Competenz der Verwaltungsbehörden über die öffentlichen Flüsse; privatrechtliches findet sich darin so gut wie gar nicht. Sie sind daher im Einzelnen für uns ohne Interesse.

Schliesslich bleibt noch zu untersuchen, wie das heutige Recht sich zu den römischen Grundsätzen von der *insula in flumine publico nata* und vom *alveus derelictus* verhält. Diejenige Meinung, welche ein privates Eigenthum des Staates an den öffentlichen Flüssen annimmt, muss dem entsprechend dem Staate das Eigenthum an dem trocken gelegten Flussbett oder dem durch eine Veränderung des Bodens im Flusse entstandenen trockenen Grunde zusprechen ***). Entscheidet man sich aber für die oben als richtig zu erweisen versuchte Anschauung des Verhältnisses des Staates zu den öffentlichen Flüssen, so wird man die Grundsätze des römischen Rechts auch für das heutige Recht beibehalten und das auf diese Weise dem Gewässer abgewonnene Land der Occupation der Anlieger zuweisen müssen. Denn — so heisst es in einem Rostocker Urtheil (Seuffert

*) Seuffert XVII, 246.

**) Seuffert XVI, 142.

***) Dies geschieht in einem Urtheil des O. Tr. zu Stuttgart: Seuffert XIII, 208.

XI, 16) — „weil bei öffentlichen Flüssen der Wasserstrom, dem gemeinen Nutzen dienend, *res publica* ist, so wird bei ihnen das Flussbett, so lange es den Strom führt, dem Privateigenthum der Anliegenden entzogen; es fällt aber, sobald das Wasser sich entfernt, sofort wieder in jenes Privateigenthum zurück.“ —

Den öffentlichen Flüssen stehen ganz gleich alle übrigen stetig fliessenden Gewässer: die Landseen, welche einen Ab- und Zufluss haben, im Gegensatz zu den abgeschlossenen, künstlich gegrabenen, welche *privati juris* sind *) (Seuffert XI, 16 im Anf.), ferner die vom Staat oder von Privaten künstlich angelegten, zur Verbindung zweier Gewässer dienenden Canäle. Ebenso heutzutage der Meeresstrand und ein andemselben hinlaufender Streifen des Meeres, dessen Breite sich nach Kanonenschussweite bestimmt **). Bei den Römern gehörten *litus* und *mare* bekanntlich durchaus zu den *res communes*. Der praktische Unterschied besteht darin, dass jene heutzutage als *res publicae* der Staatshoheit (*imperium*) unterworfen sind, daher streng genommen ein *publicus usus*, nicht ein *communis* stattfindet, was hier (cf. oben S. 73 über den heutigen *publicus usus* im allgemeinen) von praktischer Bedeutung ist und im Fall eines Kriegs mit auswärtigen Staaten in Geltung und Anwendung gebracht werden kann ***).

bb) Die im Privateigenthum stehenden öffentlichen Sachen.

§. 20. Im Allgemeinen.

Hierunter befinden sich, wie im römischen Recht:

1. solche öffentliche Sachen, welche im Eigenthum des Staates oder einer Gemeinde stehen, insbesondere die

*) 1. un. §. 3 D. 43, 14 zu vergleichen mit 1. 112 D. de v. s. 50, 16.

**) Bynkershoek de domin. maris cap. 2. — v. Holtzendorff 1. c. pag. 32 fg. —

***) Vgl. auch Heffter, Europ. Völkerrecht. 3. Aufl. §. 73. 75.

öffentlichen Land- und Heerstrassen, die Festungswerke, öffentliche Bibliotheken und Sammlungen, Anstalten zur Bequemlichkeit des Publicums (öffentliche Promenaden, Museen, Brunnen u. s. w.)

2. Solche, welche sich im Eigenthum einer Privatperson befinden. Sie sind von weit geringerer Wichtigkeit als die erstgenannten. Es gehören dahin wohl nur gewisse öffentliche Wege und Brücken.

Was nun die öffentlichen Sachen des Staates betrifft, so hat man in neuester Zeit mehrfach das Eigenthum des Staates an den *res publicae* in Abrede gestellt und behauptet, dieselben könnten heutzutage in keiner Weise Eigenthumsobject sein, wie sie denn auch von den Römern durchaus nicht als solches angesehen worden seien. Diese Ansicht trat zuerst offen hervor in Veranlassung eines dadurch und noch aus anderen Gründen berühmt gewordenen Rechtsstreits, nämlich des Processes zwischen den Schweizercantonen Baselstadt und Baselland in Betreff der Festungswerke der Stadt Basel. Diese Streitsache schlägt so sehr in die Fragen ein, welche auch uns hier beschäftigen sollen, dass wir es nicht unterlassen können, kurz davon zu berichten, wie wir denn auch nachher auf die daraus erwachsene Polemik mehrerer namhafter Schriftsteller genauer eingehen müssen.

Es handelte sich in jenem Processe um die Frage, ob bei der Auseinandersetzung jener beiden vorher nur einen einzigen Staat bildenden Cantone über ihr bis dahin ungetrenntes privatrechtliches Eigenthum die genannten Festungswerke allein dem staatlichen Hoheitsrecht unterworfen seien, also lediglich bei Baselstadt, in dessen Territorium sie sich befanden, zu verbleiben hätten, oder ob sie zu den Objecten des Staatseigenthums gerechnet, also mit auf das Theilungsinventar gesetzt werden müssten. Das in dieser Sache angeordnete Schiedsgericht erkannte nun im Jahre 1833 dahin, dass gleich den Gewässern die öffentlichen Strassen und Wege nicht dem eigentlichen Vermögen des Staates beigezählt werden könnten, indem bei ihnen sich das Recht des Staates zu einem reinen Hoheitsrecht gestalte. Spätere

mit den Festungswerken vorgenommene Veränderungen mittelst Schleifung und Verwandlung in städtische Strassen und Plätze veranlassten den Canton Baselland aufs neue mit Ansprüchen auf dieselben hervorzutreten, gestützt auf einen in dem obigen Schiedsspruch enthaltenen Vorbehalt des Rechtes dieses Cantons an den Festungswerken für den Fall einer eventuellen Schleifung und Verwandlung derselben in gewöhnliche Vermögensstücke. Der hieraus hervorgehende neue Rechtsstreit veranlasste eine lange Reihe unter einander sehr abweichender Gutachten von angesehenen beiderseits um ihren Rath angegangenen Juristen. Wir nennen nur die wichtigsten derselben, die uns bei der folgenden Untersuchung vorgelegen haben, und fügen zugleich die römischen Zahlen bei, deren wir uns zu ihrer kürzeren Bezeichnung in den Citaten weiterhin stets bedienen werden:

I. Gutachten, betreffend die Rechte, welche dem Kanton Basel-Landschaft an den die Stadt Basel umgebenden Festungswerken zustehen, von Prof. Dr. Rüttimann in Zürich. 1859.

II. Einige Bemerkungen über das Gutachten betreffend die Rechte u. s. w. (I) von Dr. F. L. von Keller. 1860.

III. Nachtrag zu dem Gutachten, betr. die Basler Festungswerke und Erwiderung auf die Bemerkungen des Herrn Dr. F. L. von Keller in Berlin von Rüttimann. 1860 *).

IV. Der Streit zwischen Basel-Stadt und Basel-Land über die Festungswerke der Stadt Basel. Ein Rechtsgutachten von R. Ihering in Giessen. Leipzig, Breitkopf u. Härtel. 1862.

V. Rechtsgutachten über den zw. den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt obwaltenden Streit bezüglich der Festungswerke der Stadt Basel mit Rücksicht auf die Lehre von den öffentlichen Sachen erstattet von Dr. H. Dernburg. Halle, 1862.

VI. Erwiderung auf das von H. Dernburg, Professor

*) Unter diesem Titel sind die Broschüren I—III vereinigt in Zürich bei Orell, Füssli & Comp. 1860 erschienen.

in Halle in dem Rechtsstreit über die Festungswerke der Stadt Basel abgestattete Rechtsgutachten von R. Ihering in Giessen. Basel, 1862.

Man sieht, wie viele angesehene Federn dieser Rechtsstreit in Bewegung gesetzt hat. Da uns hier aber eben die Frage beschäftigt, in wie weit Privatrechte an *res publicae* gegenwärtig zustehen und geübt werden können, so ist die Entscheidung des Hauptpunktes, um welchen sich das Raisonement für und wider in jenen Schriften dreht, auch für uns von der grössten Wichtigkeit. Es handelt sich nämlich sowohl dort wie hier vornehmlich um die Untersuchung der Frage:

Steht dem Staate an den *res publicae in publico usu* ein Eigenthum zu?

Die unter den Gesichtspunkt dieser Frage fallenden Deductionen jener Schriftsteller haben wir genauer zu betrachten, Gründe und Gegengründe zu prüfen und daraus uns selbst ein Urtheil in dieser Frage zu bilden, welche, wie das vorliegende Beispiel zeigt, sehr wohl eine grosse praktische Bedeutung erlangen kann.

Es ist schon erwähnt, dass bis zu dem Baseler Rechtsstreit die allgemeine Ansicht dahin ging, dass dem Staat ein solches Eigenthum allerdings beizulegen sei. Dagegen sind nun Keller und noch schroffer Ihering aufgetreten, und ist es daher wohl passend, zunächst auf deren Raisonement etwas näher einzugehen und an ihren Einwürfen die Stichhaltigkeit der gewöhnlichen Anschauung nochmals zu prüfen.

Zuerst machen die Gegner der herrschenden Ansicht den Vorwurf, sie sei im positiven Recht nicht begründet, denn die römischen Juristen hätten ein Staatseigenthum an *res publicae* in Wirklichkeit niemals anerkannt. Es zwingt uns dies, zu der oben gegebenen Begründung des Privateigenthums an den *res publicae* nach römischem Recht noch einige Ergänzungen mit Beziehung auf Iherings Einwürfe hinzuzufügen. Es ist nicht wohl zu begreifen, wie man gegenüber den klaren Aussprüchen des römischen Rechts die Annahme eines Staatseigenthums an den nicht im Privat-

eigenthum befindlichen *res in publico usu* durch die römischen Juristen leugnen kann. Von den *viae rusticae* (*consulares, praetoriae*) ist es durch die S. 29 gegebene historische Darstellung direct bewiesen worden. Auch gelingt es Ihering keineswegs, wie er zu meinen scheint, das bedeutende Argument für die Annahme des Staatseigenthums nach römischem Recht, welches darin besteht, dass die römischen Juristen dem Staat eine Mehrzahl von privatrechtlichen Nutzungen an *res publicae* zuerkennen (s. S. 28 oben), wegzudemonstriren. Es möchte dies allerdings niemandem leicht gelingen, am wenigsten aber kann es geschehen durch allgemeine Redewendungen, welche obendrein im Grunde doch ein stillschweigendes Anerkenntnis der so einfachen Wahrheit enthalten, wie Ihering's Satz auf S. 17 (VI.): Es bestreite niemand dem Fiscus das Recht, sich alle Nebenerträge der *res publicae*: Gras, Holz, Bodenzins, Schätze, die bei Privatgrundstücken dem Eigenthümer zufallen, anzueignen, also rücksichtlich ihrer „die Stelle des Eigenthümers zu vertreten.“ Er hätte nur dreist sagen sollen: „Eigenthümer zu sein“, denn in der That haben die römischen Juristen dem Staate diese Berechtigungen schwerlich anders als aus privatrechtlichem Titel, d. h. auf dem Grunde des Eigenthums, zugewiesen. Letzteres ist ihr einzig denkbarer juristischer Grund; nie hat umgekehrt jemand, wie Ihering meint, „erst auf diese Berechtigungen hin dem römischen Staat ein Eigenthum an den *res publicae* zugeschrieben“ (S. 16 das.). Leugnet er diese privatrechtliche Grundlage (wobei wir von den *thesauri*, an die er sich besonders anklammert, vorläufig noch abstrahiren wollen), so möchte man fragen, welche andere er an die Stelle setzen will? Ob er den römischen Juristen die Kühnheit zutraut, aus dem bei den öffentlichen Sachen sich naturgemäss besonders wirksam zeigenden *imperium* privatrechtliche Befugnisse für den Staat abgeleitet zu haben? Dann wäre es ja nur consequent, wenn er dem Staate an den öffentlichen Sachen der Gemeinden und Privatpersonen dieselben Rechte zuspräche, denn diese sind als solche seinem *imperium* ganz in derselben Weise unterworfen. Dass dies aber die Römer gethan

hätten, wird er selbst nicht behaupten wollen. Welcher andere Titel ist nun aber für diese privaten Vermögensrechte dem Inhalt und Geist des römischen Rechts gemäss noch aufzufinden?

Nur darin vermögen wir unserem Gegner Recht zu geben, dass die von Dernburg allegirte *l. 1 pr. D. de interd. 43, 1* als Argument für das Staatseigenthum an den *res publicae* nicht verwendet werden kann. Denn hier werden neben den *viae publicae* auch die *flumina publica* genannt, welche doch nach unserer Ueberzeugung gerade im römischen Recht kein Staatseigenthum bildeten; und dass *sunt alicujus, sunt publica* in dieser Stelle nicht Eigenthum bezeichnen soll, sondern einen allgemeineren Sinn in sich begreift, ist oben S. 23 bei Besprechung dieser Stelle schon nachzuweisen versucht worden.

Allein dies ist auch das Einzige, worin man bei genauerer Betrachtung Ihering beistimmen kann. Zu diesem Resultat gelangt man bald, wenn erst die gewandten, nur zu häufig nicht sachlich ernst gehaltenen, sondern in Ermangelung wahrhafter sachlicher Argumente den Gegenstand auf das Gebiet des Komischen hinzerrenden Deductionen und klebrigen Bemäkelungen der Ausdrucksweise des Gegners aufgehört haben, den gesunden Menschenverstand des Lesers irre zu machen. Man erwartet in der That kaum, in der Schrift eines sonst so angesehenen Gelehrten die stete Tendenz zu finden, einen Fachgenossen, ohne ihn sachlich widerlegt zu haben, durch eine komödienhafte Satire voll persönlicher Angriffe einerseits und voll blinder Vergötterung einer als willkommenes Schild benutzten Autorität auf der andern Seite, wie sie in seiner Erwiderung gegen Dernburg volle sechzehn Seiten (21—37) lang vorkommt, den Gegner dem Spott und der Verachtung preisgeben zu wollen. Damit ist dem wahren Fortschritt der wissenschaftlichen Erkenntnis schlecht gedient.

Wie gesagt, in allen übrigen Punkten müssen wir Ihering's Deductionen und Schlüsse für zwar scheinbar und bestechend, aber im Grunde für gänzlich verfehlt halten. Dies trifft besonders auch noch die Einwürfe, die er vom

Standpunkt des römischen Rechts, gestützt auf einige offenbar mühsam zusammengesuchte Stellen römischer Schriftsteller, gegen die ihm entgegenstehende Ansicht erheben zu können vermeint. Diese Stellen sind folgende:

1. Frontinus (VI. S. 7 Note 7): *lucos sacros occupat, quorum solum indubitate populi Romani est*. I. schliesst daraus folgendermassen: „Hier werden *res sacrae* als *populi Romani* bezeichnet; da nun *res sacrae* jedenfalls nicht im Eigenthum des römischen Volkes standen, so kann *populi Romani esse* weder hier, noch wo von *res publicae p. R.* die Rede ist, von privatrechtlicher Zugehörigkeit verstanden werden.“ Die ganze Stelle bezieht sich aber gar nicht auf die *res sacrae* im eigentlichen Sinn, wie Ihering meint, welche allerdings in Niemandes Eigenthum stehen, sondern lediglich auf solche *loca publica*, welche religiösen Zwecken dienten, ohne doch aus dem staatlichen Eigenthum auszuscheiden und sich in göttliches zu verwandeln;*) von denen also ganz richtig gesagt wird, dass ihr *solum* nicht aufhöre, im Eigenthum des römischen Volkes oder Staates zu stehen. Wir erinnern hier auch daran, dass heilige Haine ja auch nach der oben (S. 10) gegebenen aus Festus entnommenen Aufzählung der *res sacrae* im eigentlichen Sinne nicht zu denselben gehören.

2. Wenn aber ausserdem die noch mehr abgerissenen Worte aus Paulus *Sent. rec. V. 26 §. 3* angeführt werden: *templa, portas aliudve quid publicum*, so ist von vornherein wohl klar, dass das *aliudve* sich garnicht auf *templa*, sondern ausschliesslich auf *portas* bezieht, welche unzweifelhaft im staatlichen oder städtischen Eigenthum stehen. Diese Stelle ist daher absolut beweisunkräftig für die Behauptung, dass *publicum* garnicht Staatseigenthum bezeichne.

Der Gegensatz ferner zwischen *res publicae* und *res in patrimonio (pecunia) populi, fisci*, auf welchen Ihering bei seiner Bekämpfung des Staatseigenthums so grosses Gewicht legt (VI. S. 11), ist nicht beweisend. Es sind dies garnicht

*) Siehe über dieselben genaueres in Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenth. II. S. 92.

Kunstausrücke zur Bezeichnung eines innern juristischen Unterschiedes zwischen beiden Theilen des Staatsvermögens, sondern diese Bezeichnungen sollen nur anschaulich machen, wie vom Staatsgut ein Theil ausschliesslich den Bedürfnissen des Kaisers und der Regierung, ein anderer nur insofern diesen dient, als sein andersweiter Hauptzweck dies gestattet. Ueberhaupt aber sollte Ihering wissen, wie unsicher es ist, auf blosser Worte und Ausdrücke und die Nebeneinanderstellung derselben, zumal im römischen Recht, Theorien zu gründen.

Wir kommen nun zu dem schlagendsten Argument für das Staatseigenthum der *res publicae* im römischen Recht. Dernburg (V. S. 16) hat ganz Recht, wenn er in der im §. 39 J. enthaltenen gesetzlichen Bestimmung über den *thesaurus in publico loco inventus* einen glänzenden Beweis für jenes Staatseigenthum erblickt. Der Wichtigkeit wegen setzen wir den Wortlaut her: „*Et convenienter, si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris et dimidium esse Caesaris (Hadrianus) statuit. Cui conveniens est, si quis in fiscali loco vel publico invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis.*“

Oeffentliche Sachen befinden sich also nicht weniger als *res fiscales* im Staatseigenthum. Hiergegen führt Ihering nun die entgegenstehende *l. 3 §. 10 D. de jure fisci* 49, 14 ins Feld, worin gesagt wird, dass nach der Constitution der Kaiser Marc Aurel und Lucius Verus auch bei *in locis religiosis aut in monumentis* gefundenen Kostbarkeiten dem Fiscus die Hälfte zufalle; womit, da der Staat doch von niemand als Eigenthümer auch der *res religiosae* betrachtet werde, der §. 39 J. seine ganze Beweiskraft verliere. Hiergegen ist zunächst zu bemerken, dass nach allgemeinen Interpretationsgrundsätzen bei einer Collision zwischen Pandekten und Institutionen den letzteren der Vorzug gebührt, weil sie die gesetzliche Entscheidung Justinian's enthalten; so dass also jedenfalls nach dem neuesten römischen Recht die *res publicae* Staatseigenthum bilden würden. Allein auch ganz abgesehen von dieser Betrachtung ist das aus *l. 3 §. 10 cit.* hergenommene Gegenargument völlig illu-

sorisch, und löst sich bei etwas näherer Betrachtung in Nichts anf. Ihering stellt die Sache (S. 17) sonderbarer Weise so dar, als sei Dernburg die Pandektenstelle gänzlich entgangen und macht ihm daraus in der ihm eigenthümlichen verletzenden Weise einen Vorwurf. Und doch bemerkt Dernburg (V. S. 16, Note) ausdrücklich, die *l. 3 §. 10 D. de jure fisci* gehe zwar theilweise von anderen Ansichten zu Gunsten des Fiscus aus, sei aber für den Gedankengang der Institutionen ganz irrelevant. Die Richtigkeit dieser Auffassung des Verhältnisses zwischen jenen Stellen ist trotz der gewandten, mit Trugschlüssen kämpfenden Gegen-demonstration Ihering's ausser allem Zweifel. Denn der wichtigen, unumstösslichen Thatsache, dass im §. 39 cit. aus dem Eigenthum des Staates an den *loca publica* sein Recht auf die Hälfte der darin gefundenen Schätze gefolgert wird, (*cui conveniens est* u. s. w.), geschieht dadurch in keiner Weise Eintrag, dass eine andere Stelle aus anderen, nämlich nicht juristischen, sondern Utilitätsgründen dem Fiscus ein gleiches Recht bei *loca religiosa* einräumt, deren Eigenthümer er allerdings nicht ist, aber auch bei Dernburg's und unserer Auffassung nicht zu sein braucht. Dass aber die *ratio* der *l. 3 §. 10* wirklich eine ganz andere als die der Institutionenstelle ist, also letztere davon garnicht berührt wird, unterliegt keinem Zweifel; cf. *Cujac. ad h. l. (Opp. Ed. Neapol. tom. VIII. pag. 418)*. Hadrian, dessen Gesichtspunkte von Justinian anerkannt werden, leitet aus rechtlichem Grunde alle Ansprüche ab, die er dem Fiscus zuerkennt; die spätere Constitution geht von einer einseitigen ökonomischen Begünstigung des Fiscus aus und weist diesem Vortheile zu, ohne sich um deren privatrechtliche Begründung weiter zu bekümmern. —

Prüfen wir nun, nachdem wir die historischen Gründe auf denen die gegnerische Ansicht fusste beseitigt haben, die rationellen Einwürfe und Erwägungen der Gegner. Diese Prüfung führt uns vom römischen Recht, dessen Stellung zu dem Gegenstand dieser Streitfrage wir genügend gekennzeichnet zu haben glauben, auf die Gestaltung des heutigen Rechtszustandes, wie die andere Meinung ihn sich vorstellt,

und wie wir ihn allein anzuerkennen vermögen. Die Gegner stellen sich dabei auf einen doppelten Standpunkt: den der allgemeinen Erfahrung und den der logischen Erwägung. Suchen wir sie auf beiden Gebieten nunmehr auf.

1. Vom Standpunkt der Erfahrung wird ganz besonders geltend gemacht, das vermeintliche Eigenthum des Staates an *res publicae* sei ein jämmerliches, nicht lebensfähiges Geschöpf, ein inhaltloser Begriff, für den es nicht der Mühe werth sei, sich im Federkampf zu erhitzen. Der Staat habe ja keinen reellen Vorthail davon, denn das ihm beigelegte Eigenthum werde so gut wie ganz durch das öffentliche Gebrauchsrecht „absorbirt“ (II. §. 3. IV. S. 41. VI. S. 13. 14). Dies ist auf Grund der oben S. 28 gegebenen Andeutungen entschieden zu bestreiten. Das Staatseigenthum wird keineswegs durch den öffentlichen Gebrauch absorbirt; es bleiben dem Staat nicht unwichtige Rechte zur freien Ausübung. Aber selbst den Fall gesetzt, dass die dem Staate zustehenden Privatnutzungen sich auf das geringste Maass reducirten oder *in concreto* gar auf Null herabsänken, so ist doch darin das Privateigenthum für den Staat von unersetzlichem Werth, dass es ihn berechtigt, in dem häufig garnicht fernab liegenden Falle eines Aufhörens der öffentlichen Bestimmung solcher Sachen, dieselben als Eigenthümer uneingeschränkt zu nutzen. Die Gegner beseitigen diesen Einwurf freilich, indem sie dies letztere Recht des Staates aus einem ganz andern Grunde ableiten, worauf wir später eingehen werden. Aber ganz abgesehen von dem grossen oder geringen Werth, den das Eigenthum der öffentlichen Sachen für den Staat besitzt, ist vorzüglich zu beachten, dass dies lediglich ein factischer Umstand sein würde, welcher bei der rechtlichen Frage nach der Annahme oder Nichtannahme eines Staatseigenthums garnicht in Betracht kommen kann. Kein Eigenthum ist wohl „inhaltloser, verächtlicher“, als dasjenige eines Grundstücks, worauf ein Dritter das Recht der *Superficies* für immer erworben hat; und doch ist auch diese *proprietas*, die man recht eigentlich eine *nuda* nennen könnte, eben nichts anderes als Eigenthum. Auch könnte man als Beispiel einer die rechtliche

Existenz des Eigenthums nicht aufhebenden umfassenden Beschränkung desselben den *Ususfructus* nennen. Derselbe beraubt zwar nur zeitweise das Eigenthum seines positiven Inhalts; allein es können ja auch die öffentlichen Sachen *in privatos usus reverti* (l. 83 §. 5 *D. de v. o.* 45, 1) und die Extracommercialität kann aufhören, ja dies kommt erfahrungsmässig sogar nicht selten vor.

2. Vom rationellen Standpunkt müssen wir die Auffassungen Keller's und Ihering's unterscheiden. Ersterer construirt das Verhältniß der öffentlichen Sachen zum Staat als ein reines „Hoheits- und Polizeirecht“ (II. S. 7. 10) und behauptet, dasselbe reiche zur Begründung der dem Staat über jene Sachen zustehenden Befugnisse vollkommen aus, indem es alle im Eigenthum enthaltenen Dispositionen in sich vereinige. Dies muss aber entschieden geleugnet werden. Das Hoheitsrecht des Staates (d. h. seine öffentliche Gewalt, im Gegensatz zu etwaigen privatrechtlichen Befugnissen des Staates) ist stets ein und dasselbe, mag es nun auf eine im Eigenthum einer Gemeinde oder eines Privaten befindliche öffentliche Sache oder auf eine solche sich beziehen, welche einen solchen Herrn nicht hat. Ein besonders potenziertes Hoheitsrecht vermögen wir als einen existirenden Rechtsbegriff nicht anzuerkennen; auch hat vor Keller niemand ein solches gekannt.

Welche wunderliche Consequenzen sich nun aber ergeben würden, wenn wir sämtliche Befugnisse des Staates über die öffentlichen Sachen aus seinem Hoheitsrecht (*imperium* im Gegensatz zum *dominium*) ableiten wollten, dürfte sich am besten zeigen, wenn wir dieselben mit den nach der gewöhnlichen Ansicht den Stadt- oder Landgemeinden gehörigen öffentlichen Sachen vergleichen. Von diesen schweigt Keller in dieser seiner Schrift so gut wie ganz. Wir wissen aber aus seinen Pandektenvorlesungen, dass er auch diese als solche *res publicae* betrachtet, an denen alles Privateigenthum durch den *usus publicus* absorbirt werde. Wir wollen einmal neben diese Annahme die entgegengesetzte stellen, dass an diesen Sachen den Gemeinden sehr wohl ein wirkliches Eigenthum zuzuerkennen sei. In bei-

den Fällen geräth Keller mit seiner Ansicht in Verlegenheiten und Widersprüche, wie es die folgende kurze Ausführung zeigen wird.

a. Im ersten Falle (kein Eigenthum der Gemeinden) würde K. genöthigt sein, den Gemeinden ein dem Hoheitsrecht des Staates ganz entsprechendes öffentliches Recht an den Gemeindesachen *in publico usu* beizulegen; denn es ist notorisch, dass die Gemeindebehörden ganz dieselben Dispositionen über diese Sachen ausüben, welche die andere Meinung dem Staate über die öffentlichen Staatssachen kraft seines Hoheitsrechtes beilegt. Sie übergeben jene dem Gemeingebrauch, sie entziehen sie demselben wiederum, um sie für beliebige andere Zwecke zu verwenden, sie ziehen die Nutzung von denselben, welche der öffentliche Gebrauch übrig lässt u. s. w. Dies kann, im Fall dieser Annahme, nur aus einem Hoheitsrecht der Gemeinde erklärt werden. Aber wo steht ein solches geschrieben? Bis jetzt doch höchstens in Keller's Kopfe, nicht in der Wissenschaft des Staatsrechts, denn es würde einen Staat im Staate bedeuten. — b. Wollte Keller aber den Gemeinden kein auf solche Ungereimtheiten führendes Hoheitsrecht, sondern ein Eigenthum an ihren öffentlichen Sachen zugestehen, nun, so musste er ja zugeben, dass dieselben die genannten Dispositionsrechte *titulo privati dominii* ausüben! Ueben aber die Gemeinden kraft Eigenthums jene Dispositionen aus, die unleugbar an Umfang und Inhalt den entsprechenden Dispositionen des Staates über die öffentlichen Staatssachen auf ein Haar gleichen, wie sollte dann nicht beim Staate dasselbe der Fall sein? Documentirt sich alsdann nicht auch in den vom Staat geübten ganz gleichen Befugnissen ein Staatseigenthum?

In ganz ähnliche Schwierigkeiten verwickelt sich die Ansicht vom ausschliesslichen Hoheits- und Polizeirecht des Staates, wenn man sich die Verhältnisse bei einer eventuellen Aufhebung des öffentlichen Charakters dieser Sachen und ihrer Verwandlung in gewöhnliche Vermögensstücke *in commercio* vergegenwärtigt. Keller denkt sich diese Umgestaltung in folgender Weise (II. §. 3 am Ende):

„Wenn ein Staat die Strassen, Festungswerke u. dgl., die er bisher kraft seines Hoheitsrechts beherrschte, in weiterer Ausübung dieses Hoheitsrechts in Verkehrssachen verwandelt, so verwandelt sich damit von selbst und gleichzeitig dies sein Hoheitsrecht über diese Sachen in Eigenthum.“

Keller fügt hinzu: „Dieser Satz sei, soviel bekannt, bisher von niemandem bestritten worden.“ Dies ist richtig, erklärt sich aber sehr einfach daraus, dass er bisher noch von niemandem behauptet ist; was nicht zu verwundern, wenn man erwägt, einen wie unjuristischen Gedankengang diese Erfindung Keller's in sich birgt.

Der Staat erwirbt danach Eigenthumsrecht an den öffentlichen Sachen — durch Ausübung seines Hoheitsrechts gerichtet auf Verwandlung in gewöhnliche Verkehrssachen. Dies ist etwas ganz neues; wir hatten bisher immer geglaubt, dass die Staatsgewalt als solche nur öffentliche Befugnisse üben könne; dass der Staat, wenn er Privatrechte erwerben will, als Fiscus auftreten muss und bestimmter privatrechtlicher Erwerbstitel, ganz wie eine jede Privatperson, bedarf; dass seine Hoheitsgewalt ihm hierbei gar nichts nützt. Hier führt nun plötzlich ein Act des Hoheitsrechts, d. h. hier des Rechts der oheraufsehenden und verwaltenden Polizei, zur Erzeugung privatrechtlicher Vortheile, eines fiscalischen Eigenthums für den Staat! Wie stimmt da Ursache und Wirkung, Rechtsgrund und Rechtsfolge zusammen?

Ziehen wir auch hier, um die Ungereimtheit jener Aufstellung noch besser zu illustriren, die öffentlichen Sachen der Gemeinden zur Vergleichung herbei. Auch diese werden, wie bereits angedeutet, nach Keller vom Staate „kraft seines Hoheitsrechts beherrscht“; denn er sagt in seinen Vorlesungen (2. Aufl. 1866. §. 48 a. E.), die *res universitatis* seien von den *res publicae* nur dem Kreise nach verschieden, d. h. in Beziehung auf die Zuständigkeit des Gebrauchs, also nicht in Beziehung auf das Subject und die Art der Beherrschung. Auch hier kann die Staatsgewalt die Aufhebung der öffentlichen Bestimmung aus

Gründen des öffentlichen Besten, also allerdings in Ausübung ihres Hoheitsrechts, verfügen. Sie kann z. B. einer Stadt die Niederreissung ihrer Fortificationen, welche die Bürger dieser Stadt in alten Zeiten zu ihrem Schutz sich errichtet hatten, anbefehlen, da dieselben dem freien Verkehr hinderlich sind, ohne noch einen reellen Vortheil zu gewähren. Erwirbt der Staat aber damit etwa das privatrechtliche Eigenthum an dem Terrain der geschleiften Festungswerke? Kann er darauf Kasernen, Zeughäuser, Museen, Kunsthallen nach Belieben aufführen, so dass die Stadt, wenn sie dies nicht leiden will, den Grund und Boden dem Staate erst zu hohem Preise wieder abkaufen müsste? Ja! müsste Keller antworten, denn der Staat hat ja „in weiterer Ausübung seines Hoheitsrechtes (welches ihm über jene Sachen so gut wie über vom Staate angelegte öffentliche Strassen zusteht) die Festungswerke jener Stadt in Verkehrssachen verwandelt, und damit von selbst und gleichzeitig Eigenthum daran erworben.“ Was würden wohl unsere Stadt- und Landgemeinden zu einer solchen Theorie mit ihren Consequenzen sagen?

Da es also klar ist (und vor Keller von niemand bezweifelt wurde) dass „durch einen Act des Hoheitsrechtes“ der Staat kein Eigenthum erwirbt, indem er dasselbe sonst auch bei den erwähnten städtischen Festungswerken erwerben müsste; da aber auf der andern Seite feststeht und auch von Keller nicht bezweifelt wird, dass die *res publicae* nach Aufhebung des Gemeingebrauchs durch den Willen der Staatsgewalt freies Privateigenthum des Staates bilden; so werden wir, wenn wir nicht etwa zu dem Mittel eines nicht existirenden ausschliesslichen Occupationsrechts des Staates unsere Zuflucht nehmen wollen, mit zwingender Nothwendigkeit zu der Annahme geführt, dass dieses Privateigenthum schon in früheren Verhältnissen und Vorgängen seine Wurzel haben muss, welche unabhängig von dem öffentlichen Hoheitsrecht bestehen, während des Bestandes des Gemeingebrauchs in den Hintergrund traten, nach dessen Beseitigung aber ihre volle rechtliche Wirksamkeit wieder entfalten. Diese früheren Vor-

gänge können nun keine anderen sein, als gewöhnliche Privatrechtsgeschäfte (Kauf, Expropriation), durch deren Titel der Staat das Eigenthum an den *res publicae* erwarb, ehe er dieselben dem Gemeingebrauch kraft seines *dominium* widmete. Durch solche Widmung gab er aber das Eigenthum so wenig auf, wie eine Kirche das Eigenthum einer *res ecclesiastica* dadurch verliert, dass diese zum Gebrauch beim gemeinsamen Gottesdienst consecrirt oder benedicirt wird.

Es verdient übrigens bemerkt zu werden, dass Keller — es sei dahingestellt, aus welchen Gründen — nicht immer derselben Ansicht gewesen ist, wie in seinen „Bemerkungen“ aus dem Jahr 1860. Er hat in einem früheren Gutachten geradezu von einem „fiscalischen Theilungsanspruch (also Miteigenthum) des Cantons Basel-Land“ an den Baseler Festungswerken gesprochen, für den Fall, dass diese geschleift und in gewöhnliche Vermögensstücke verwandelt würden (Dernburg V. S. 27. 28 Note). Dagegen im Jahr 1860 will er dem Canton Basel-Land nur eine durch den Eintritt dieser Umgestaltung bedingte Geldforderung an Basel-Stadt zugestehen, über deren eigentlichen rechtlichen Entstehungsgrund er aber seine Leser im Dunkeln lässt.

Will man nun das durch den Gemeingebrauch auf längere oder kürzere Zeit beengte Staatseigenthum an den öffentlichen Sachen ein „schlummerndes, latentes“ nennen, wie es von Seiten Dernburg's geschieht, so hatte Keller am wenigsten Ursache, diesen Sprachgebrauch zu verspotten, da er, wie Dernburg S. 23 sehr passend anführt, den Ausdruck selber von dem Eigenthum an den in ein fremdes Haus verbauten Materialien in seinen Pandektenvorlesungen (2. Aufl. §. 138) gebraucht hat.

Anders bezeichnet Ihering das Verhältniss des Staates zu den öffentlichen Sachen, und auch gegen ihn haben wir unsere Ansicht aufrecht zu erhalten.

Sein erster Einwurf gegen die Annahme eines Staatseigenthums (IV. S. 40): „das römische Recht schliesse ja, indem es diese Sachen als *res extra commercium* bezeichne, den Eigenthumsbegriff vollständig von ihnen aus“ ist mit

wenigen Worten zu beseitigen. Denn wir haben längst gesehen, dass *extra commercium esse* nicht überall eine und dieselbe Bedeutung einer vollständigen Rechtsentziehung und Eigenthumsausschliessung hat, sondern dass man auch eine partielle Extracommercialität statuiren muss, welche nicht das ganze Eigenthum, sondern nur die Ausübung einzelner in demselben enthaltener gleichviel wie gewichtiger Befugnisse ausschliesst. Gerade das letztere trifft ja aber bei den *res publicae* zu. — Seine weiteren Bedenken (S. 41 flg.), hergenommen von der Inhaltlosigkeit dieses Eigenthums, haben wir schon früher (oben S. 93 flg.) in ihrer Bedeutungslosigkeit blozulegen versucht. Sehen wir nun zu, zu welchem positiven Resultat er von diesen skeptischen Erwägungen aus gelangt. Er sagt in seinem Gutachten (IV. S. 43):

„Das Eigenthum des Staates oder der Stadt an den *res publicae* ist nur die Rückseite des Gemeingebrauchs Beides, Gemeingebrauch und Eigenthum, sind ungetrennt, und gehen in dem Maasse Hand in Hand mit einander, dass das blosse Dasein der *res publica* als solches mit Nothwendigkeit jene Beziehung derselben zu dem betreffenden Staat in sich schliesst, der man den Namen Eigenthum gegeben hat. Dies Eigenthum ist also nicht, wie das wirkliche (!), etwas zufälliges oder freies, das erst durch einen Willensact erworben werden müsste und folglich auch durch einen Willensact wieder veräussert werden könnte, sondern es ist etwas nothwendiges, das überall sich von selbst wiederholt, wo eine *res publica* sich findet, und das also der Staat ebensowenig ganz aufgeben, sei es verkaufen, sei es derelinquiren, als zum Theil auf einen Andern übertragen kann.“

Und weiter S. 44:

„Vermeidet man nur den irre führenden Ausdruck: Staatseigenthum, und gebraucht dafür den: rechtliche Beziehung des Staats zu den für den Gemeingebrauch seiner Angehörigen bestimmten *res publicae*:

so wird kein Mensch auf den Gedanken kommen, dass diese rechtliche Beziehung halbirt und auf ein anderes Subject — Staat oder Privatperson — übertragen werden könne.“

Was das Positive betrifft, das Ihering an die Stelle des Staatseigenthums setzen will: „nothwendige Rückseite des Gemeingebrauchs“ und „rechtliche Beziehung des Staates zu den für den Gemeingebrauch bestimmten Sachen“, so sind dies formelle Phrasen, mit denen materiell nichts gesagt wird. Denn das ist ja eben die Frage, um die es sich handelt: Welches ist diese Beziehung des Staates zu den öffentlichen Sachen? Ist sie Eigenthum? Oder Hoheitsrecht? Oder irgend ein drittes Recht? Was Ihering giebt, sind ganz allgemeine formelle Bezeichnungen, welche des materiellen Inhalts noch entbehren. Diesen aber ist I. uns schuldig geblieben. So lange aber eben diese Frage nach der Qualität dieser Beziehung des Staats zu den öffentlichen Sachen nicht bestimmt, so oder anders, materiell beantwortet und die Richtigkeit dieser Beantwortung erwiesen ist, sind alle die Ausführungen über die „Untheilbarkeit jener Beziehung, Unübertragbarkeit auf andere Subjecte“ u. s. w. eben nichts als eitle Behauptungen.

Iherings fernere, mit Keller übereinstimmende Ansicht betreffend, wonach zwischen öffentlichen Sachen des Staats und der Gemeinden nur darin ein Unterschied bestehe, dass bei jenen der Gemeingebrauch allen Staatsbürgern, bei diesen nur allen Gemeindeangehörigen zustehe, so haben wir schon oben auf die Ungereimtheiten aufmerksam gemacht, auf welche diese bloß äusserliche Unterscheidung nothwendig hinführt (S. 97 folg.) Ausserdem mag noch daran erinnert werden, dass in einer und derselben Stadt oft einige Strassen städtische, andere Staatsstrassen sind, beide aber gleichmässig von jeder Person, sie sei städtischer oder Staatsbürger oder Ausländer, benutzt werden können.*) Da aber dennoch niemand an ihrer juristischen Verschiedenheit zweifelt, so muss diese

*) Dernburg, V. S. 13.

wohl in etwas anderem liegen; und dieses andere ist eben die Verschiedenheit des Eigenthumssubjects.

Die rationellen Einwendungen nun aber gegen die Theorie vom Eigenthum des Staates, also der negative Theil der Ihering'schen Deductionen, wurzeln lediglich in der vorgefassten Idee, dieselbe führe zu absurden Consequenzen, die praktische Anwendung der Eigenthumsgrundsätze finde hier unübersteigliche Hindernisse. Ihering fragt (VI. S. 14 flg.): „Wird es (nämlich das Staatseigenthum, wie wir es uns vorstellen) erworben wie ein anderes?“ und antwortet darauf: „Nein“. Wir antworten: Ja. Der Staat erwirbt das Eigenthum vom früheren Eigenthümer auf ganz gewöhnlichem Wege durch Tradition *ex justa causa*, nämlich auf Grund eines vorhergegangenen Kaufcontracts oder einer gesetzlich zulässigen Expropriation. Dadurch, dass er das also erworbene Terrain nachher dem öffentlichen Gebrauch seiner Angehörigen übergibt, giebt er das Eigenthum an sich keineswegs auf, was sich darin praktisch erweist, dass er allein die grösseren oder geringeren Nebenerträge der Sache für sich eincassirt. — Zweite Frage: „Hört das Eigenthum auf wie ein anderes?“ Antwort: „Nein“. Wir sagen: Ja. Der Staat kann es veräussern. In Betreff des einzelnen verweisen wir auf unsere Beantwortung der dritten Frage. — Unser Gegner fragt weiter: „Kann es übertragen werden?“ „Nein“. Wir sagen: Ja. Es giebt heutzutage, so viel man weiss, kein Gesetz, welches diese Uebertragung, so dass nur das Hoheitsrecht dem Staate bleibt, verböte. Dass eine solche Uebertragung, ganz oder *pro parte*, aus nahe liegenden Gründen, selten oder nie vorkommt, dass Preussen nicht leicht geneigt sein wird, das Privateigenthum am *solum* seiner *viae publicae pro parte* an Frankreich zu übertragen, Frankreich nicht leicht begierig, dasselbe zu erwerben, ist rechtlich völlig gleichgültig. *) Dass ein solches Rechtsgeschäft aber

*) Es lassen sich genug Beispiele eines extracommercialen Staatseigenthums im Gebiete eines fremden Staates anführen, wo also von einem Hoheitsrecht des besitzenden garnicht geredet werden kann.

rechtlich unmöglich sei, wie will Ihering das beweisen? Und gesetzt, es gelänge ihm wirklich, irgendwo ein Gesetz aufzutreiben, welches die Veräußerung der *nuda* (d. h. der durch den Gemeingebrauch und das denselben schützende Staatshoheitsrecht beschränkten) *proprietas* z. B. einer öffentlichen Strasse verböte, so könnte dies gegen die Annahme eines Eigenthums dennoch nicht den mindesten Grund abgeben. Man bedenke nur, dass der Eigenthümer eines Landguts darum nicht minder wirklicher Eigenthümer ist, weil ein Fideicommiss darauf ruht und er nichts davon veräußern darf. — Vierte Frage: „Kann es mit der *rei vindictio* verfolgt werden?“ „Nein“. Wir sagen: Ja. Wer oder was hindert den Fiscus, wenn jemand aus einer dem Gemeingebrauch bestimmten Staatsbibliothek Bücher sich aneignet, oder wenn es jemand einfällt, ein Stück der auf einer Staatschaussee neu aufgeschütteten Lage von Steinen sich auf einen Wagen zu laden und wegzuführen, gegen diesen die *rei vindictio* auf Herausgabe anzustellen? — Endlich: „Uebt der Staat als solcher sein Eigenthum aus?“ „Nein“. Wir sagen: Ja. Freilich nicht „als solcher“, denn der Staat als solcher kann keine Eigenthumshandlungen vornehmen, sondern kann nur gebieten und verbieten, aber als Vermögenssubject, als Fiscus übt er sein Eigenthum aus; und weiter hat niemals jemand etwas behauptet. Er übt es ja täglich aus, indem er die darin liegenden Befugnisse ausnutzt, soweit der *publicus usus* ihn darin nicht beschränkt. Diese letzte Frage ist in der That von sämtlichen fünf die unbegreiflichste. Alle aber sind in der That, um mit Ihering zu reden, *quaestiones Domitianaë*; nur freilich so, dass nicht die Verneinung, wie er meint,

So ist der englische Staat Eigenthümer einer anglicanischen Kirche in Valparaiso, der französische Staat Eigenthümer des an der badischen Eisenbahn auf badischem Territorium errichteten Monuments des Marschalls Turenne mit dem dasselbe umgebenden in publico usu befindlichen freien Platze u. s. w. Es folgt daraus, dass dies staatliche Privateigenthum an eine *res extra commercium* sehr wohl auch ohne das Hoheitsrecht desselben Staates bestehen kann.

1827
2127
1827
2127

sondern die Bejahung sich dem einfachen Nachdenken von selbst ergibt.

Daraus geht evident hervor, dass unser Staatseigenthum durchaus nicht „ein Messer ohne Klinge ist, dem der Stiel fehlt.“ Jedenfalls ist es besser begründet, als Ihering's Negation, welche auf unbegründeten Vorurtheilen und juristisch werthlosen Erwägungen beruht; es erfreut sich der Anerkennung des römischen Rechts, es enthält kein Moment, das nicht rationeller Begründung fähig wäre, es ist endlich auch von der gegenwärtigen Doctrin und Gesetzgebung anerkannt. Hiervon ist noch ein Wort zu sagen.

Als Zeugnisse der Doctrin mögen angeführt werden: Glück, Pandektencommentar II. §. 170: „In jedem bürgerlichen Staat haben öffentliche (d. h. im Eigenthum des Staats stehende) Strassen allgemeinen Gebrauch.“ — Thibaut, Pandekten §. 169: *Res publicae* sind „Sachen die dem ganzen Staat gehören.“ — Mühlenbruch, Pandekten §. 210 erklärt: „*Publicae res* ist der Inbegriff der im Staat belegenen Dinge, woran das Eigenthum dem Staate, das Gebrauchsrecht aber jedem rechtsfähigen Subject zusteht.“ — Goeschen, Vorlesungen I. §. 72: Die meisten *res publicae* sind im Eigenthum des Staats, einige auch im Privateigenthum.“ — Puchta, Pandekten §. 35: „Von den Sachen, die im Eigenthum des Staats oder einer Gemeinde sind (*res publicae*), sind dem Eigenthum“ u. s. w. — Arndts, Pandekten 5. Aufl. (1864) §. 49: „*res publicae* im engern Sinn, d. i. solche, welche im Eigenthum eines Staats oder auch einer Gemeinde befindlich, zu öffentlichem Gebrauch bestimmt sind.“ — Endlich auch Windscheid, Pandekten (1862) I. §. 146, Text und Note 17, wo er die in Anlass der Baseler Festungswerke entstandene Controverse ausdrücklich berührt und sich gegen Keller und Ihering ausspricht. Soviel bekannt, hat deren Anschauung überhaupt noch bei keinem spätern Schriftsteller Beifall gefunden, zu welchem negativen Resultat nicht nur die materielle Gehaltlosigkeit jener neuen Auffassung, sondern ebenso auch die formelle Art und Weise, in welcher Ihering in seiner Erwiderung gegen Dernburg

aus Mangel an wahrhaften Argumenten zu Werke geht, ihr gutes Theil beigetragen hat.

Von Particulargesetzen führen wir an: das Preussische Landrecht Th. II. Tit. 14. §. 11. 21—23, welches zwischen gemeinem und besonderem Eigenthum des Staates unterscheidet; das österreichische bürgerliche Gesetzbuch im §. 287; und als ausserdeutsches Beispiel den Code civil art. 538 ff., welcher dem *domaine national* (*patrimonium fisci*) den *domaine public* (Wege, Flüsse, Festungswerke) gegenüberstellt. —

Wir glauben sonach, dass das früher niemals angezweifelte Eigenthum des Staates an den öffentlichen Sachen aus dem Läuterungsfeuer der Keller'schen und besonders der Ihering'schen Angriffe nur um so reiner und klarer hervorgegangen ist. Indem wir daher nun die bald rechts bald links ausbiegende Bahn der Polemik, die wir bisher der Sache wegen nothgedrungen einhalten mussten, mit herzlicher Freude wieder verlassen, um in das alte Geleise der ruhigen, geradeaus wandelnden Betrachtung zurückzulenken, wenden wir unsere Aufmerksamkeit vor allem auf die besonders wichtigen öffentlichen Sachen, welche sich im Eigenthum eines Staates oder einer Gemeinde befinden, und lassen dann eine kurze Besprechung der Privatsachen *in publico usu* folgen.

§. 21. Die öffentlichen Sachen im Eigenthum des Staates oder einer Gemeinde.

Das gesammte Eigenthum eines Staats sowie das einer Gemeinde im Staat zerfällt, wie im römischen so auch nach heutigem Recht (oben §. 18), in zwei rechtlich getrennte Hauptgruppen: in das fiscalische und in das gemeine Staats- oder Gemeindegut.*) Das Kennzeichen des erstern (*pecunia populi*) ist die vorwaltende, ja ausschliess-

*) 1, 6 pr. D. de contr. emt. 18, 1. Pr. Land-R. II, 14 §. 11 flg.

liche Bestimmung zum Gebrauch und zur Nutzung der Regierung und ihrer Behörden, sowie zur Bestreitung der dem Staat oder der Gemeinde obliegenden Ausgaben, welche denselben so gut wie einer jeden Privatperson obliegen. Es gehören dahin die Domainen, Forsten, öffentlichen Salinen, Bergwerke, die dem Staat oder der Gemeinde gehörigen Gebäude und deren Inventar u. s. w. Das Kennzeichen des gemeinen Staats- oder Gemeindeguts dagegen ist die verwaltende Bestimmung zum öffentlichen, allgemeinen, bestimmungsmässigen Gebrauch aller Staats- resp. Gemeindeangehörigen, dann aber auch aller Fremden. Erst in zweiter Linie, soweit diese principale Bestimmung es gestattet, können Staat oder Gemeinde ihr Eigenthum an diesen Sachen für sich ausnutzen, indem sie den etwa sich bietenden Ertrag derselben sich aneignen. Dies sind die römischen *res publicae* und *res universitatis in publico usu*, die heutigen öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch.

Es gehören dahin die öffentlichen Chausseen und Landwege mit den etwa darauf vorkommenden Brücken, die öffentlichen Strassen und Plätze einer Stadt. Sie haben zunächst nicht den Zweck, eine Quelle von Einkünften für den Staat oder die Gemeinde zu bilden, sondern dem öffentlichen Verkehr, d. h. dem Gehen, Fahren und Reiten des Publicums zu dienen. Der Ertrag, den sie nebenbei abwerfen, fliesst natürlich in die Tasche des Eigenthümers, wie z. B. das an den Chaussee-Barrieren erhobene Wegegeld. Letzteres, das man früher als Beweisgrund für die Regalität der öffentlichen Landstrassen benutzte, ist nichts als eine zur theilweisen Deckung des Kostenaufwandes für die Herstellung der Strasse vom Staate kraft seines Hoheitsrechts auferlegte Abgabe.*) Gemeinden und Privatpersonen haben dies Recht in Beziehung auf die ihnen gehörenden öffentlichen Wege nur mit Genehmigung der Staatsverwaltungsbehörden; denn es liegt darin ein dem unter staatlichem Schutz stehenden Gemeingebrauch zu Gunsten des Eigenthümers aufgelegtes Onus. — Ferner Festungswerke

*) Gerber, Deutsches Privatrecht §. 62, Note 5.

jeder Art, welche als Schutzmittel gegen äussere Feinde mittelbar dem öffentlichen Nutzen dienstbar sind; öffentliche Anstalten zum gemeinen Gebrauch in den verschiedensten Beziehungen: öffentliche Promenaden, Brunnen, Bibliotheken und Kunsthallen, Kirchen und Kirchengeräthe, sowie Begräbnisplätze*), wo diese Gegenstände sich nicht im kirchlichen Eigenthum befinden (vgl. oben S. 65) u. s. w.

Zu untersuchen ist, ob die Staatseisenbahnen *res publicae* oder *res fiscales* seien. Gegen ihre Zugehörigkeit zu den ersteren spricht nicht der zu zahlende (verhältnismässig hohe) Preis für die Benutzung. Denn das Fahrgeld hat, ganz wie das Weggeld auf den Chausseen, lediglich die Bestimmung, zum Ersatz und zur angemessenen Verzinsung der auf die Herstellung der Eisenbahn verwendeten Kosten zu dienen, welcher Zweck oft sogar nur sehr unvollkommen erreicht wird. Der fiscalische Vortheil kann demnach nicht als alleiniger principaler Zweck der Eisenbahnen bezeichnet werden. Für ihre Zugehörigkeit zu den öffentlichen Sachen spricht aber entscheidend der Umstand, dass, sobald durch Erklärung der Regierung eine Bahn dem „öffentlichen Verkehr“ übergeben wird, darin zugleich eine Willenserklärung der Regierung liegt, dass die Benutzung jedem Zahlung anbietenden Reisenden und für jede in reglementmässiger Verpackung abgelieferte Gütersendung gewährt werden müsse, also in der That ein bestimmter durch den Willen des Eigenthümers *in concreto* nicht ausschliessbarer Gemeingebrauch an den Eisenbahnen stattfindet.*)

Man könnte ferner fragen, ob die Fusssteige (Trottoirs) der städtischen Strassen mit dem in der Mitte liegenden Fahrweg zusammen städtisches Gemeindееigenthum bilden, oder ob sie den einzelnen Hauseigenthümern nach Verhält-

*) Von einer von der Eisenbahn-Verwaltung freiwillig mit dem Publicum abgeschlossenen Obligation, durch deren Annahme man das gesetzliche *onus usus publici* könnte wegemonstrieren wollen, kann keine Rede sein, denn das Publikum ist keine Person, die in einer Obligation Gläubiger oder Schuldner sein könnte. Es fehlt also ganz an einem bestimmten Subject, dem gegenüber die Eisenbahn sich könnte haben verbindlich machen wollen. —

nis der Länge ihrer Häuser angehören? Man muss sich ohne Zweifel für das erstere entscheiden. Es spricht dafür: 1. der Umstand, dass die Stadt bei Anlegung einer neuen Strasse die ganze Breite derselben mit Einschluss des Trottoirs durch Expropriation zu erwerben pflegt, und zwar ohne nachher beim Häuserbau den einzelnen Bauunternehmern ein verhältnismässiges Stück des an ihr Grundstück grenzenden Wegstreifens abzutreten. 2. Die allgemeine Rechtsüberzeugung; man wird nicht finden, dass ein Stadtbewohner, wenn er sein Grundstück zum Verkauf ausbieten lässt, in dessen Flächeninhalt das davor hinlaufende Trottoir mit einrechnet. Dagegen spricht nicht: die Pflicht eines jeden Hauseigenthümers, das von seinem Grundstück begrenzte Stück des Trottoirs von Schnee und Schmutz zu reinigen. Sie beruht ganz allein auf einer zum Schutz des Gemeingebrauchs von den Polizeibehörden erlassenen Massregel, und galt im römischen Recht ganz in gleicher Weise, ohne dass die *via secundum propriam domum* in Rom stückweise im Eigenthum der einzelnen Hausbesitzer gestanden hätte (*l. un. §. 3 D. de via publ. 43, 10*).

Zu den Befugnissen nun, welche im Eigenthum enthalten sind und deren Ausübung durch den bestehenden Gemeingebrauch ausgeschlossen ist, gehört vor allem das Verbotungsrecht gegen dritte Personen, diese Sachen innerhalb der durch ihre Bestimmung gezogenen Grenzen zu gebrauchen. Die Ausschliessung dieses Verbotungsrechts gegen jedermann beruht nicht etwa (wie z. B. wenn der Staat eine Sache vermietet, oder *precario* überlässt) auf einer bloss obligatorischen Verbindlichkeit, den Gemeingebrauch zu dem bestimmten Zweck nicht hindern zu wollen, die der Staat oder die Gemeinde eingegangen wäre — wo dann jene Verbotungsrechte der Sache nach im Eigenthum noch enthalten wären —; denn von einer Obligation kann hier keine Rede sein, da dem Staat keine bestimmte Person als anderer Contrahent (creditor) gegenübersteht; sondern es liegt ein wirklicher sachlicher Mangel des negativen Elementes des Eigenthums vor, sobald der öffentliche Gemeingebrauch ins Leben getreten ist. Wird derselbe auf irgend eine Weise

beendet, so fallen die fehlenden Befugnisse natürlich dahin zurück, wohin sie allein fallen können: sie accresciren dem Staat, der Gemeinde und complementiren deren Eigenthum zu einem ungeschmälerten Ganzen.

Allein auch positive Rechte scheiden während der Dauer des öffentlichen Gebrauchs aus dem Ganzen des Eigenthums aus. Der Staat oder die Gemeinde darf keine Dispositionen mit den öffentlichen Sachen vornehmen, welche den Gemeingebrauch beschränken oder unmöglich machen. So lange daher nicht diejenigen Verwaltungsbehörden, welche als Vertreter der Polizeihöhe des Staates auch in Beziehung auf die *res publicae* fungiren, die Aufhebung der öffentlichen Bestimmung verfügt haben, dürfen die Behörden, welche den Staat in seiner davon ganz getrennten Eigenschaft als Fiscus repraesentiren (Finanzverwaltungsbehörden), sein Vermögensrecht an seinen öffentlichen Sachen nicht in einer solchen unstatthaften Weise zur Anwendung bringen. Es sind sogar die letzteren nach der regelmässigen Organisation unserer Staaten während des Bestehens der öffentlichen Bestimmung jener Sachen (z. B. der öffentlichen Wege), weil so lange die fiscalische Eigenschaft, das Staats-eigenthum an denselben zurücktritt, in ihrer Thätigkeit lediglich auf die Vereinnahmung der sogleich noch näher zu bezeichnenden Nebenerträge beschränkt; die eigentliche Verwaltung gebührt ganz allein den die Polizeihöhe des Staates in verwaltender und oberaufsehender Beziehung ausübenden Behörden (Wegbaubehörden), die den Ministerien des Innern untergeordnet sind. *) Erst wenn die öffentliche Bestimmung wegfällt, kommen diese Sachen des Staats unter die eigentliche fiscalische Verwaltung und unter die Leitung der Ministerien der Finanzen. Denn alsdann wird umgekehrt der fiscalische Nutzen alleiniger Hauptzweck derselben.

Dagegen giebt es bestimmte Eigenthumsdispositionen, welche dem *usus publicus* keinen Eintrag thun und daher

*) S. über die Einrichtung in Hannover: Grefe, hannoversches Recht, II S. 79.

frei geübt werden können. Ausser den im römischen Recht erwähnten (S. 27 flg.) kommen heute noch besonders in Betracht: das Recht der Bepflanzung der öffentlichen Wege mit Baumalleen, die Ernte der Erzeugnisse derselben, des Graswuchses an den Seiten der Wege, der Verkauf des Strassenkothes als Dungmittel u. s. w. Am wichtigsten aber ist die Eigenthums-Disposition, derzufolge der Staat oder die Gemeinde einen bestimmten Grund und Boden zur Anlegung öffentlicher Strassen verwendet und diese dem öffentlichen Verkehr übergiebt, dann aber auch, wenn sie mit Genehmigung der staatlichen Verwaltungsbehörden dem öffentlichen Zweck wieder entzogen sind, für beliebige andere Zwecke verwendet und zurichtet.

Staat und Gemeinde stehen in Beziehung auf ihre öffentlichen Sachen auch in allen Rechten und Verbindlichkeiten, welche privatrechtlichem Eigenthum anhaften. Ohne Zweifel stehen dem Fiscus sowie der Gemeinde die *rei vindicatio*, die *Publiciana actio* und die Negatorienklage gegen jede totale und partielle Verletzung ihres Eigenthums zu, soweit dessen Geltendmachung nicht durch den Gemeingebrauch ausgeschlossen ist; also in allen soeben genannten Fällen der gestatteten Eigenthumsdisposition, wenn diese von jemand usurpirt oder gehindert werden; ebenso bei Ueberschreitung der Grenzen des öffentlichen Gebrauchsrechts, da in einer solchen immer ein Eingriff in das Gebiet des Eigenthums liegt, wovon wir ein Beispiel schon S. 103 angegeben haben. — Der Staat ist ferner auch den privatrechtlichen Verbindlichkeiten eines Eigenthümers unterworfen. Er muss *cautio damni infecti* wegen *vitium operis* leisten, wenn ein von Staatswegen erbauter Canal den benachbarten Grundstücken Gefahr droht. Der Fiscus ist ferner der *actio legis Aquiliae* ausgesetzt, wenn z. B. beim Bau einer Eisenbahn nicht die gehörigen Schutzwehren oder Barrieren bei den Wegübergängen angebracht worden sind und in Folge davon Unglücksfälle sich ereignet haben. Es würde in der That eine partielle Rechtslosigkeit der Staatsbürger die nothwendige Consequenz einer Leugnung des Staatseigenthums sein.

Allein auch hier tritt durch den Einfluss des Gemein-

gebrauchs, der in jeder Beziehung bei den öffentlichen Staats- und Gemeindesachen die erste Rücksicht bildet, eine Modification ein, indem beim Concurse des Fiscus oder der Gemeinde die öffentlichen Sachen nicht mit zur Activmasse sollen gezogen werden können. Vielmehr wird diese allein aus dem Patrimonialvermögen (*res fiscales*) gebildet. Die *res publicae* werden nicht als ein zur Execution geeigneter Bestandtheil des öffentlichen Vermögens angesehen. Wir haben hierzu aus dem römischen Recht einen entschiedenen Beleg in *l. 117 D. de v. s. 50, 16 (Ulp.)*: *Inter publica habemus nec quae publicis usibus destinata sunt; sed si qua sunt civitatum bona procul dubio publica habentur*. Der Zusammenhang wird klar, wenn man bedenkt, dass die Stelle aus Ulpian's *lib. 10 ad edict.* genommen ist, wo von den Schulden und dem Concurs der Städte die Rede war; Ulpian will nun sagen, dass in einen solchen Concurs die *res extra commercium* der Gemeinden nicht gezogen werden könnten, und drückt dies dadurch aus, dass er sagt, zu der Masse gehören nur *res publicae* im engern Sinn (*res in patrimonio civitatis*).*)

Soweit das Eigenthum des Staates und der Gemeinden. Ganz andere sind die Befugnisse, welche der Staat kraft seines Hoheitsrechts (*imperium*), d. h. in dieser Anwendung, seines Rechts der Polizei über die öffentlichen Sachen ausübt. Dasselbe gehört zwar an sich selbst nicht in den Kreis dieser rein privatrechtlichen Betrachtung; allein da wir nachher sein Verhältnis zur Justizgewalt in ihrer Anwendung auf die öffentlichen Sachen zu betrachten haben, so ist doch der Inhalt und Umfang desselben im Allgemeinen anzugeben.

Vermöge des Hoheitsrechts beschliesst die competente Staatsverwaltungsbehörde (z. B. die Provinzialregierung) entweder die eigene Herstellung von Sachen zum Gemeingebrauch und lässt dieselben durch die Unterbehörden (z. B. die Wegbaubehörden) ausführen, oder sie befiehlt den Gemeinden in Stadt und Land, vermöge der ihr obliegenden

*) Dernburg, Gutachten (V) S. 4 Note.

Fürsorge für das Vorhandensein solcher Sachen und Einrichtungen, deren Herstellung im eigenen Gebiete an. Dieselben Behörden regeln ferner die Art und Weise der Benutzung der dem Gemeingebrauch hingegebenen Sachen und sorgen für deren gehörige Instandhaltung von Seiten des Eigenthümers, gleichviel, wem das Privateigenthum daran zusteht. Sie unterdrücken polizeiwidrige Einrichtungen auf den öffentlichen Strassen und Plätzen und verbieten dieselben bei angemessener Strafe. Sie beschliessen und verfügen endlich die Aufhebung, das Eingehen einer Sache in ihrer Eigenschaft als *res in publico usu*, sowohl einer dem Staat gehörigen, wie einer Gemeinde- oder Privatsache. Die beiden letzteren können daher durch den blossen Willen ihres Eigenthümers niemals ihrer einmal bestehenden öffentlichen Bestimmung wieder entkleidet werden, vielmehr ist dazu stets die Genehmigung jener Staatsbehörden erforderlich. *)

So umfasst die staatliche Polizeihochheit in ihrer (in Beziehung auf eine bestimmte, einzelne öffentliche Sache) oberaufsehenden und vollziehenden Gewalt die ganze Regelung des Gemeingebrauchs von seiner Begründung an bis zu seiner etwaigen Wiederaufhebung. Es sind dies nicht etwa Verhältnisse, welche der Justizgewalt des Staates unterworfen wären, und folgeweise einen eventuellen Recurs an die Gerichte zulassen. Denn der Gemeingebrauch ist bei den Staats- und Gemeindesachen so wenig für irgend jemand ein erworbenes Privatrecht, wie bei den öffentlichen Flüssen. Es fehlt auch hier an dem nothwendigen Erfordernis eines jeden wahren Privatrechts: der Ausschliesslichkeit und der Beziehung auf eine bestimmte innerhalb einer bestimmten Sphäre selbständig schaltenden Person. Das Subject des Gemeingebrauchs ist eben nicht der Einzelne als solcher, sondern das Publicum (*populus* im römischen Recht); dieses ist aber keine rechtsfähige Person.

Hierin liegt der Grund für folgende Rechtssätze:

1. Die Entscheidung darüber, ob eine Sache, z. B. ein

*) Seuffert, Archiv III. 146.

Weg, ein öffentlicher sei, gebührt nicht den Gerichten, sondern den Verwaltungsbehörden. *)

2. Kein Privater hat gegen den Staat oder die Gemeinde eine gerichtliche Klage auf Ausbesserung oder Wiederherstellung beschädigter oder zerstörter Sachen *in publico usu*. Vielmehr hat jedermann, der glaubt, dass der Eigenthümer derselben in dieser Beziehung seine Pflicht verabsäume, sich lediglich im Beschwerdewege an die Verwaltungsbehörden zu wenden, welche dagegen Abhülfe zu treffen staatsrechtlich verpflichtet sind, indem sie die gehörige Instandsetzung der Staatssachen beschliessen und ausführen lassen resp. den Gemeinden dieselbe in Betracht der diesen zugehörigen öffentlichen Sachen anbefehlen. **)

3. Kein Privater ist befugt, im eignen Namen (weil er nicht Subject des Gemeingebruchs ist) oder im Namen des Publicums (weil kein einzelner sich als Mandatar desselben geriren kann) das unbeschränkte Fortbestehen z. B. eines öffentlichen Weges, öffentlicher Promenaden, Kunstanstalten zu verlangen, oder im Fall der wirklichen Aufhebung gerichtlichen Anspruch auf Entschädigung zu erheben. ***)

Soweit das officiële Einschreiten der Verwaltungsbehörde bei Verletzungen der öffentlichen Sachen durch dritte Personen ausbleibt oder seine Hülfe versagt, werden *in subsidio* die römischen Popularinterdicte noch für anwendbar und praktisch gehalten. †)

*) Seuffert, III. 148. XVII, 285.

**) Urtheil des O. A. G. zu Mannheim bei Seuffert, XVI, 142 „Ansprüche gegen den Staat in Betreff solcher Sachen können daher nicht vor den Gerichten, sondern nur bei den Verwaltungsbehörden erhoben werden“.

***) Urtheil des O. A. G. zu Celle, bei Seuffert, XVII, 121: „Aus der blossen Befugnis, einen öffentlichen Weg, so lange er besteht, zu benutzen, kann das Recht, dessen Fortbestehen, ungeachtet von der zuständigen Behörde dessen Aufhebung und Verlegung verfügt ist, zu verlangen oder Entschädigung in Anspruch zu nehmen, nicht hergeleitet werden.“

†) Dies sagen, ausdrücklich freilich nur von den Popularinterdicten für die öffentlichen Gewässer, die ja aber mit den für die *res publicae* gegebenen ganz gleichartig sind, die Urtheile bei Seuffert: XVII, 99. 224. 246.

Dagegen unterliegen die Privatrechte, welche Private an öffentlichen Sachen vom Staat oder von der Gemeinde übertragen erhalten oder sonst erworben haben, der Cognition der Gerichte. Werden daher z. B. durch Verfügung des Eingehens oder der Verlegung einer öffentlichen Strasse u. s. w. derartige Privatberechtigungen verletzt, so steht deren Inhabern die Erhebung einer gerichtlichen Klage auf Entschädigung frei. *)

Die sonstigen Rechtsverhältnisse der öffentlichen Sachen (z. B. die Tragung der Herstellungskosten, die Organisation der die Verwaltung und Aufsicht führenden Staatsbehörden u. s. w.) gehören nicht zu unserer rein privatrechtlichen Aufgabe.

§. 22. Oeffentliche Sachen im Eigenthum von Privatpersonen.

Sie sind von weit geringerer Bedeutung als die öffentlichen Sachen des Staats und der Stadt- und Landgemeinden. Sie unterscheiden sich von diesen ferner dadurch, dass das Verhältniss zwischen Gemeingebrauch (Extracommercialität) und Privatberechtigung hier gerade das umgekehrte ist. Jene Sachen werden regelmässig eigens zum Besten des Gemeingebrauchs hergestellt, so dass neben dieser ihrer Hauptbestimmung und während der Dauer derselben die Eigenthumsnutzung in den Hintergrund tritt, das Maass der ausübbaaren Eigenthumsbefugnisse ein sehr beschränktes ist. Dagegen die Privatsachen *in publico usu* haben ursprünglich regelmässig den Nutzen ihres Eigenthümers zur Hauptbestimmung, und erst aus besonderen Verhältnissen bildet sich hier eine servitutähnliche Beschränkung der Rechte desselben zu Gunsten eines öffentlichen Gebrauchs heraus.

Die hierher gehörenden Sachen sind fast ausschliesslich Wege, auch Brücken und Stege. Die regelmässige juristische Begründung des *usus publicus* ist die unvordenk-

*) Vgl. das Gutachten von Rüttimann (I) S. 15.

liche Verjährung, welche besonders häufig in der Weise zu Stande kommen mag, dass Fusssteige, deren Gebrauch der Eigenthümer ursprünglich nur den Nachbarn *jure servitutis* eingeräumt hatte, durch einen immer allgemeiner werdenden Gebrauch auch des grösseren Publicums die Eigenschaft eines öffentlichen Weges annehmen. *) Es mögen auf diese Art z. B. manche Feldwege zu öffentlichen geworden sein, während andere, besonders die breiteren Hauptwege in den Feldmarken, gewiss als Gemeindeseigenthum angesehen werden müssen. Dieselbe Art der Entstehung ist die gewöhnliche bei den öffentlichen Durchgängen über städtische Grundstücke. Der Titel der *praescriptio indefinita* wird überhaupt regelmässig der zutreffende sein bei der Behauptung, dass ein öffentlicher Weg auf einem Privatgrundstück bestehe. Von einer *praescriptio definita* kann natürlich aus schon früher mehrfach angegebenen Gründen auch hier keine Rede sein. **)

Jedoch lässt sich allerdings in manchen Fällen auch bei Privatsachen die Begründung des Gemeingebrauchs und der diesen begleitenden partiellen Extracommercialität auf den ausdrücklich erklärten Willen des Eigenthümers zurückführen. So kann es z. B. vorkommen, dass ein Unternehmer eine Brücke baut, über welche die öffentliche Strasse führt, mit der Verpflichtung, sie gegen Zahlung eines Brückengeldes jedem Passirenden stets offen zu halten. ***) Hieran schliesst sich die Frage, ob auch Privateisenbahnen als *res publicae extra commercium* zu betrachten seien? Dies ist wohl zu bejahen, vorausgesetzt dass den Unternehmern (Actiengesellschaften) von Staatswegen als Bedingung ihrer Concession die Verpflichtung auferlegt ist, ihre Bahn der Benutzung des Publicums stets offen zu halten. Denn alsdann besteht in der That ein von der Staatsregierung an-

*) Vgl. die Erwägungen in dem Lübecker Urtheil bei Seuffert, IX, 136.

**) Seuffert, XVII, 5.

***) Dies führt als etwas im Württembergischen vorkommendes an: Wächter a. a. O. S. 286, Note 21.

geordneter wirklicher Gemeingebrauch, durch dessen Einfluss wenigstens der negative Theil der Eigenthumsrechte, nämlich das Recht, die Benutzung einem Dritten beliebig zu verbieten, der Disposition der Actiengesellschaft entzogen wird. Dadurch allein werden auch die Privatbahnen zu *res extra commercium*; ihre sonstigen Verhältnisse, Zwecke, Organisation sind dabei ganz gleichgültig.

Unabhängig sowohl vom Willen des Eigenthümers wie vom Verlauf eines Zeitraums besteht kraft Rechtssatzes auch heute noch der sehr beschränkte *usus publicus* am Uferstrich eines öffentlichen Flusses. Am wichtigsten ist dessen Benutzung als sogenannter Leinpfad.

Privatsachen anderer Art, wobei der Eigenthümer die Offenhaltung für den Gemeingebrauch rein freiwillig, wenn auch lange Zeit hindurch wissentlich, gestattet, sind durchaus nicht eigentliche *res publicae extra commercium*: z. B. Privatbildergalerien, Museen, Parkanlagen, die dem Publicum geöffnet sind. Derselbe kann daher jederzeit bestimmten Personen den Eintritt gewähren, anderen ihn versagen, und beliebig ihn ganz aufheben.*)

Die oben abgeleiteten Regeln über das Hoheitsrecht des Staates in seiner Anwendung auf die öffentlichen Sachen, über das Verhältniss der Verwaltungsbehörden zu den Gerichten in ihrer Function als Schutzanstalten der Privatrechte, über den Rechtsschutz des Publicums gegen Ver-

*) Es besteht daher in dieser Beziehung ein rechtlicher Unterschied zwischen solchen Sachen, je nachdem sie Privaten angehören, oder Staats- oder Gemeindeeigenthum sind. Bei letzteren gebietet die öffentliche Pflicht gegen die Angehörigen des Staats oder der Gemeinde den diese vertretenden Behörden, den einmal bestehenden Gemeingebrauch in jedem Falle zur Geltung kommen zu lassen, so lange er nicht, ebenfalls aus öffentlichen Gründen, formell aufgehoben ist. Bei Privatsachen jener Art dagegen bleibt das Privatinteresse, ja die persönliche Laune des Eigenthümers, dem solche öffentliche Rücksichten nicht obliegen, stets im Vordergrunde stehen als alleinige Richtschnur seines Schaltens und Waltens mit seinem Eigenthum. Daher hier gar keine Rechtsbeschränkung.

letzungen der öffentlichen Sachen gelten auch von den *res privatae in publico usu* und werden auch in den oben angeführten gerichtlichen Urtheilen mit auf dieselben bezogen.

c) Subjective Rechts- und Verkehrsbeschränkung.

§. 23.

Hierher gehören diejenigen Sachen, an denen nur einzelne Personen oder nur einzelne Klassen von Personen von einzelnen oder allen Rechten ausgeschlossen sind.

Vor allem ist hervorzuheben, dass die von den Römern aufgestellten Fälle auf praktische Geltung und Anwendbarkeit keinen Anspruch mehr machen können. Die die christlichen Slaven jüdischer oder ketzerischer Herren betreffende Bestimmung hat mit der modernen rechtlichen Gleichstellung der Confessionen, gleich so manchen anderen im späteren römischen Recht aus einseitigen religiösen Anschauungen hervorgegangenen Vorschriften, im heutigen Recht allen Boden verloren und wird nicht mehr beobachtet. Die den *fundi patrimoniales* entsprechenden heutigen Privat- und Kammergüter unserer souveränen Fürsten können in keiner Weise als *extra commercium* befindlich betrachtet werden. *) Denn sie haben nur insofern etwas Besonderes, als ihre Veräußerung an bestimmte Bedingungen (*casus necessitatis* oder auch *utilitatis*, Zustimmung der Stände) gebunden ist, unter diesen aber jedenfalls als statthaft gelten muss. **)

Dagegen haben wir manche neuere Bestimmungen, welche gewisse Sachen subjectiv dem *Commercium* entziehen: nämlich die Ausschliessung oder Erschwerung des Erwerbes von Grundeigenthum für Juden, Fremde und geistliche Corporationen (s. g. todte Hand).

*) Wächter, S. 287. Note 23.

**) Zachariae, D. St. u. B. R. 3. Aufl. II. §. 211. 21^o

Was die Juden betrifft, so gehörte früher die Ausschließung vom Erwerbe alles Grundeigenthums zu den mancherlei privatrechtlichen Beschränkungen, denen sie unterworfen waren. In neuerer Zeit sind dieselben regelmässig der modernen Tendenz der Gleichstellung der Confessionen im bekenntnislosen Rechtsstaat gewichen. *)

Dasselbe Schicksal ist der früher sehr verbreiteten Beschränkung der Ausländer in Beziehung auf den Erwerb von Grundeigenthum zu Theil geworden. Als Ausländer wurden dabei in den deutschen Territorien auch zur Zeit des Reiches sowohl die Angehörigen anderer deutscher Länder wie die Nichtdeutschen behandelt. Der Erwerb von Grundstücken war für dieselben theils an sehr drückende Bedingungen geknüpft, theils ganz ausgeschlossen. Auch hier haben die Grundgesetze des deutschen Bundes Wandel geschafft. **)

Praktisch, weil den modernen Intentionen entsprechend, ist noch mancherorts das aus volkswirthschaftlichen Gründen erlassene Verbot der Veräusserung von Grundeigenthum an die „todte Hand“ ***), d. h. an solche geistliche Corporationen, welche ihren Grundbesitz nicht veräussern dürfen (sogenannte Amortisationsgesetze). Diese Corporationen sind also unfähig gemacht, neues Grundeigenthum zu erwerben.

Soweit die eigentlichen *res extra commercium* vom Standpunkte des heutigen Rechts. Einen besondern Abschnitt über die Entstehung und Aufhebung der Verkehrsbeschränkung einer Sache brauchen wir nicht hinzuzufügen, sondern dürfen auf den diesen Gegenstand behandelnden §. 13 zurückverweisen. Die daselbst angegebenen Rechtsgründe jener Eigenschaft einer Sache sind allgemein gültig für das heutige wie für das damalige römische Recht.

*) Vgl. Deutsche Bundes-Acte Art. 16. Gerber, D. Pr. R. §. 45.

**) D. B. A., Art. 18.

***) Richter, Kirchenrecht §. 301. 321.

II. Wirkungen der Verkehrsbeschränkung im heutigen Recht.

§. 24.

Wir haben bisher die erste der beiden im Anfang dieser Abtheilung als Thema vorgesetzten Fragen beantwortet: Welche Gegenstände sind im heutigen Recht noch *extra commercium* im eigentlichen, gewöhnlichen Sinne, und wie weit sind sie es? Dieser Paragraph ist bestimmt, die zweite Frage zu beantworten:

Welche Wirkungen hat die Extracommercialität noch nach heutigem Recht?

Wir verweisen hier zunächst auf das oben S. 38 fg. vom Römischen Recht Gesagte und schliessen daran an dieser Stelle die neueren Modificationen desselben, für welche man heutigen Tages ein allgemeines Gewohnheitsrecht annehmen kann.

Sowohl diejenigen Rechtsgeschäfte, welche eine unmittelbare Uebertragung von solchen dinglichen Rechten bezwecken, welche durch die Extracommercialität ausgeschlossen sind, wie auch obligatorische Rechtsgeschäfte, aus denen nach Absicht der Contrahenten eine Forderung auf eine solche Rechtsübertragung hervorgehen soll, sind von dieser Rechtsänderung betroffen worden. Die Römer erachteten solche Geschäfte, wie erwähnt, selbst dann für ungültig, wenn sie von beiden Parteien mit ausdrücklicher Bezugnahme auf die Eventualität eines Erlöschens der Rechtsbeschränkung, also, technisch ausgedrückt, unter der Suspensivbedingung „*si in commercio esse res coeperit*“ abgeschlossen waren. Dieses auffallende Beispiel grosser Strenge in der Durchführung allgemeiner Principien des Obligationenrechts erklärt sich aus gewissen den Römern eigenthümlichen Anschauungen. Wir sahen oben, dass *res sacrae* und *religiosae* zu *profanae* wurden, und in das *Commercium* zurückkehrten, wenn feindliche Kriegsgewalt sie occupirte. War nun ein Vertrag über eine solche Sache unter einer derartigen Bedingung geschlossen, so erblickte man darin eine tadelnswerthe Speculation auf das Verderben des Gemeinwessens, oder doch wenigstens ein böses Omen, welches die höchste

Misbilligung verdiente. Unter denselben Gesichtspunkt brachte man analoge Verträge über *res publicae* und schloss auch diese mit gleicher Strenge aus.

Diese eigenthümliche *ratio* der Unerlaubtheit, der *turpitude*, liegt aber in unseren heutigen Verhältnissen nicht mehr vor. Die jetzigen *res sacrae* oder *sanctae* verlieren die Eigenschaft des *extra commercium esse* durch einfachen Beschluss der competenten Kirchenbehörde innerhalb der gesetzlichen Formen; den *res publicae* widerfährt dasselbe noch weit häufiger durch einen gleichen Beschluss der competenten staatlichen Verwaltungsbehörde.

Daraus erklärt es sich ganz natürlich, dass ein derogatorisches Gewohnheitsrecht sich bilden konnte, wonach solche Rechtsgeschäfte über die dem Verkehr entzogenen Sachen zwar ohne eine derartige Suspensivbedingung nach wie vor für ungültig, mit Hinzufügung derselben aber für unanständig, gültig und wirksam gehalten werden. *) Vorausgesetzt wird dabei aber natürlich noch heute, dass die contrahirenden Parteien oder, bei letztwilligen Hinterlassungen, der Testator ausgesprochener Maassen den Fall vor Augen hatten, dass die Sache demnächst dem Verkehr zurückgegeben werden würde. Denn Bedingungen werden nicht subintelligirt, sondern bedürfen ausdrücklicher Aufstellung. Ferner ist auch nothwendig, dass die Parteien diesen Fall vernünftigerweise vor Augen haben konnten, dass also eine bestimmte Aussicht auf ein Erlöschen der Verkehrs-entziehung vorlag; denn wenn dies nicht der Fall ist, so ist auch heutzutage die Bedingung einer unmöglichen gleichzuachten.

Ein paar Beispiele werden diese Sätze noch anschaulicher machen. Ein Grundeigenthümer, auf dessen Landgut sich eine ihm privatrechtlich zugehörige zum Gottesdienst regelmässig benutzte Capelle befindet, sieht in Anbetracht einer sehr schlecht ausgefallenen Jahresernte eine schwere Hungersnoth herannahen. Im Hinblick auf die rechtliche

*) Wächter S. 286 fg.

Zulässigkeit der freien, profanen Veräusserung der *res sacrae* für einen solchen Fall, schliesst er über einen Theil des werthvollen gottesdienstlichen Geräthes jener Capelle schon jetzt (um einen höhern Preis zu erzielen, als später, bei schon eingetretener Noth) mit jemand einen solchen Kaufcontract ab, dessen Erfüllung diese Gegenstände dem *profanus usus* zurückgeben muss. Ohne Bedenken wird jedermann diesen Vertrag für einen völlig wirksamen suspensiven Kaufcontract erklären. — Jemand legirt mit seinem Grundstück einen über dasselbe hinlaufenden öffentlichen Weg, dessen Privateigenthümer er ist, und erklärt dabei: „Voraussichtlich wird, da die Regierung beabsichtigt eine Eisenbahn von A. nach B. zu bauen, welche mein Grundstück und den darüber hinlaufenden Fussweg schneiden soll, letzterer künftig vom Publicum garnicht mehr benutzt werden. Ich vermache daher diesen Weg als einen von dem übrigen Boden meines Grundstücks nicht mehr verschiedenen Theil desselben, als gewöhnliches Vermögensstück“. Auch hier sind alle Voraussetzungen eines gültigen Geschäfts, welches eine *res extra commercium* als gewöhnliches Vermögensstück behandelt, vorhanden.

Eine einigermaßen erschöpfende Casuistik lässt sich hier natürlich nicht geben. Es muss in einem jeden Fall das vernünftige Ermessen auf der sichern Grundlage der aufgestellten theoretischen Sätze des heutigen Rechts entscheiden.

Was insbesondere noch den Fall der subjectiven Rechts- und Verkehrsbeschränkung betrifft, wonach gewisse Klassen von Personen vom Erwerbe des Grundeigenthums ausgeschlossen sind, so ist wohl, soviel Juden und Ausländer betrifft, anzunehmen, dass ein unter der Bedingung des Aufhörens der den Erwerb ausschliessenden persönlichen Eigenschaft geschlossener Vertrag, der auf Uebertragung eines Grundstücks an eine solche Person gerichtet war, als ein gültiger Vertrag unter einer Suspensivbedingung aufrecht zu erhalten ist. Denn diese Fälle gehören sicherlich zu denjenigen, wo die Parteien vernünftigerweise den Fall vor Augen haben konnten, dass die subjective Extracommer-

cialität möglicherweise wegfallen werde, indem die Bedingung für den Erwerber eine rein potestative ist. Zweifelhafter dürfte die bedingte Gültigkeit solcher Verträge in dem die geistlichen Stifter und Corporationen betreffenden Falle sein. Denn eine Aufhebung der Verkehrsbeschränkung könnte hier nur erfolgen durch Aufhebung der *lex prohibitoria*, also durch einen aus ganz neuen legislatorischen Tendenzen hervorgehenden Act der Gesetzgebung. Dies ist eine fernab liegende Eventualität, auf welche zu speculiren den herrschenden Intentionen der Gesetzgebung zuwiderlaufen würde und demnach anstössig erscheinen müsste.

Wir haben bisher stets den Fall im Auge gehabt, dass beide Parteien die extracommerciale Eigenschaft der Sache kannten. War sie beiden oder einem von beiden Contractanten unbekannt, so kommen hier noch heute die Bestimmungen des römischen Rechts zur Anwendung, wonach im ersten Fall gar kein Vertrag vorliegt, im zweiten der Verkäufer wegen seines Dolus dem Käufer zur Erstattung des gesammten Interesse verbunden ist, welches dieser an dem gültigen Bestande des abgeschlossenen Vertrages hatte. Dem Käufer steht zur Erlangung dieses Zweckes eine *actio empti* zu.

Auf der andern Seite ist nun hervorzuheben, dass bezüglich solcher Rechte an einer dem Verkehr entzogenen Sache, die der eigenthümliche principale Zweck derselben nicht ausschliesst, eine Rechtsübertragung und ein Rechtserwerb, demnach auch die einem solchen zu Grunde liegenden obligatorischen Verträge, möglich und gültig sind, ebenso wie Verträge welche nur eine persönliche Forderung auf Gewährung eines nicht ausgeschlossenen Privatgebrauches solcher Sachen begründen sollen.

I. Dingliche Verträge. 1. Das Eigenthum. An einer *res sacra* oder *publica* kann jedermann das Eigenthum mit dem darauf ruhenden *onus* der Rechtsbeschränkung (kurz und nicht unangemessen die *nuda proprietas* zu nennen) erwerben, sowohl a. durch originären Erwerb (Ersitzung), wie b. durch Tradition von Seiten des bisherigen Eigenthümers. Dieser Satz kann auffallend erscheinen; man

liest bei manchen Schriftstellern das gerade Gegentheil. Er widerspricht aber erstens den Quellen durchaus nicht, da die von der Unzulässigkeit eines Kaufes und einer *translatio domini* redenden Stellen des römischen Rechts alle, wie wir oben S. 40 bemerkten, nur von dem Falle reden, wo die Parteien die Sache als eine gewöhnliche *res in commercio* behandeln; zweitens aber erklärt er sich sehr natürlich und einfach aus dem, wie wir meinen, richtigen Begriff des *extra commercium esse*, wonach nicht alle, sondern nur bestimmte dem principalen Zweck dieser Sachen zuwiderlaufende Rechte der Ausübung nach ausgeschlossen sind, die nicht ausgeschlossen aber frei geübt werden können. Ebenso aber wie der Eigenthümer dieselben unbeschränkt selber üben kann, kann er sie auch andern Personen übertragen; dem steht kein Rechtssatz entgegen. Was aber speciell den Eigenthumserwerb durch Ersitzung betrifft, so hat man die Zulassung derselben für besonders anstössig erklärt, indem doch z. B. gerade die öffentlichen Sachen des Staates gegen solche Gefahren von Seiten einzelner Personen „gepanzert“ sein sollten. *)

Dem gegenüber ist aber zu beachten, dass solche Gefahren höchst selten, man könnte sagen niemals, etwas zu bedeuten haben werden. Denn wenn die Ersitzung auch rechtlich zulässig ist, so bleibt sie doch thatsächlich immer eine sehr fern liegende Möglichkeit. Es ist bei guter Ordnung und bei Beaufsichtigung z. B. einer öffentlichen Strasse und bei einer steten Ausübung des Gemeingebruchs an derselben kaum denkbar, dass jemand in gutem Glauben an einer Sache, welche jedem schon in ihrer äussern Erscheinung sich als ein dem bürgerlichen Verkehr entzogenes Object darstellt, Besitzeshandlungen ausüben könne. **)

Die Veräusserung der *nuda proprietas* durch Eigen-

*) v. Keller, Bemerkungen (II) S. 7. K. nimmt daher einen Haupteinwurf gegen das von ihm bekämpfte Staatseigenthum an den öffentlichen Sachen.

**) Vgl. Rüttimann, Nachtrag (III) S. 15.

thumstradition wird von einzelnen der neuesten Schriftsteller als zulässig anerkannt, *) während allerdings die meisten in Verkennung des wahren Sinnes der Pandektenstellen und des richtigen Begriffs der Extracommercialität dieselbe für unzulässig halten.

2. Dingliche Rechte. Servituten, welche den *usus publicus* oder *sanctus* nicht beeinträchtigen, können gültig constituirt sowie einseitig durch Ersitzung gewonnen werden. Wir führen einige Fälle an, in denen dieser Satz praktische Anwendung findet. An einem Kirchhof kann einem Privaten das Ueberfahrtsrecht zustehen; die Praxis erkennt dies ausdrücklich an. *) Es kann ferner jemand an einem öffentlichen Wege dadurch eine Servitut erworben haben, dass er eine in den Strassenkörper hineingelegte Brunnenleitung die erforderliche Zeit besessen hat. Solche erworbene Rechte unterliegen der Cognition der Gerichte, und dem Staat steht kraft seiner Polizeigewalt das Recht nicht zu, Einrichtungen, in denen sie sich verkörpert haben, einfach zu beseitigen.

II. Obligatorische Verträge. Der Eigenthümer einer *res extra commercium* kann die Ausübung seiner Rechte, soweit die Rechtsbeschränkung sie nicht ausschliesst, auch in der Weise dritten Personen einräumen, dass er diesen eine Forderung auf Ueberlassung derselben zugesteht. Der Vertrag kann sein eine Miethe, ein Commodat, ein Precarium. Hinsichtlich der *res sacrae* sind schon oben verschiedene Beispiele solcher erlaubten Fälle angeführt. Hinsichtlich der öffentlichen Sachen liegen sie eben so nahe. Ganz gewöhnlich ist, ausser den schon im römischen Recht vorkommenden Fällen (vgl. *tit. Dig.* 43, 9) die Verpachtung der Obsternte der an den öffentlichen Wegen angepflanzten Bäume, sowie der sonstigen Wegnutzungen, welche neben dem Gemeingebruch bestehen.

*) Z. B. Gerber, D. Pr.-R. S. 147: „Die Veräusserung des Wegbodens ohne Veränderung seiner Bestimmung steht dem Eigenthümer frei.“

**) Urtheil bei Seuffert, VI, 140.

Aus dem Bisherigen geht, wie wir meinen, zur Genüge hervor, wie unrichtig in ihrer Allgemeinheit die häufige Definition der dem Verkehr entzogenen Sachen ist, wonach dieselben niemals Gegenstand einer Eigenthumsübertragung, ja nach Manchen überhaupt eines privatrechtlichen Vertrages sein könnten. Die Wirkung reicht auch hier nirgends weiter als die Ursache: soweit keine Rechtsausschliessung, so weit auch keine Vertrags- und Verkehrsbeschränkung.

II. Die im heutigen Recht dem Privatrechtsverkehr entzogenen Sachen im uneigentlichen Sinne.

§. 25. 1) Sachen, über welche bestimmte Rechtsgeschäfte überhaupt nicht geschlossen werden dürfen.

Wir erinnern daran, dass hierher diejenigen Sachen gerechnet werden, bei denen zwar in keiner Weise eine Ausschliessung von Privateigenthumsrechten stattfindet, die sich aber dadurch auszeichnen, dass bestimmte Rechtsgeschäfte über sie nicht gültig geschlossen werden können. Die Unstatthaftigkeit solcher Verträge ist hier also nicht die secundäre Folge des Ausschlusses der Rechte auf welche sie sich beziehen (wie bei den bisher behandelten eigentlichen *res extra commercium*), sondern es ist vielmehr die Grundeigenthümlichkeit dieser Sachen in ihr zu suchen.

Die erste Frage muss auch hier die sein, ob die von den Römern hierher gezogenen Gegenstände noch heutigen Tages dieselbe Stellung einnehmen.

Was zunächst die *res litigiosae* betrifft, so hat diese Lehre, soweit sie hierher gehört, im heutigen Recht durch den Einfluss der Praxis und der Doctrin eine vollständige Umgestaltung erfahren. Es sind nämlich einestheils die von Justinian angeordneten fiscalischen Strafen in Deutschland niemals zur Anwendung gebracht worden, und sodann hat man hier von jeher angenommen, dass das Urtheil in dem zwischen dem *auctor* und dessen Kläger anhängigen Processe auch gegen den Singularsuccessor des veräussernden Beklag-

ten unmittelbar exequirt werden könne. Bei dieser Auffassung ist es begreiflich, dass man in der Praxis nun noch einen Schritt weiter ging und annahm, dass die Veräußerung gar nicht mehr ungültig, sondern durchaus gestattet sei, wenn auch ohne Beeinträchtigung des siegenden Klägers. Es hängt seitdem also alles vom Ausgang des schwebenden Processes ab. Siegt der Kläger, so kann er gegen den Singularsuccessor Execution begehren, diesen bindet das Urtheil, die Sache ist *cum suo onere* auf ihn übergegangen. Wird der Kläger dagegen abgewiesen, so erlangt aus der *sententia absolutoria* der Singularsuccessor ebenso wie sein *auctor*, der ursprüngliche Beklagte, die *exceptio rei judicatae* gegen den Kläger.

Von einer Ungültigkeit des Veräußerungsgeschäfts ist somit im heutigen Recht keine Rede mehr. Man kann demnach auch die sogenannten *res litigiosae* nicht mehr, wie dies von Seiten der Römer geschah, zu den *res quarum commercium non est* in diesem uneigentlichen Sinne zählen; sie haben in jeder Weise aufgehört, *extra commercium* zu sein *).

Ueber den *fundus dotalis* dagegen ist nur zu bemerken, dass die ihn betreffende Ausschliessung aller Veräußerungsgeschäfte da, wo heutigen Tags das römische Dotalrecht gilt, noch in Anwendung ist.

Es giebt nun aber, entsprechend den modernen weit mehr als zur Zeit des römischen Reiches entwickelten Verhältnissen des öffentlichen Verkehrslebens, eine Anzahl von Gegenständen, deren Veräußerung aus politischen oder polizeilichen Gründen gesetzlich untersagt zu sein pflegt — lauter Fälle, von denen das römische Recht noch nichts enthält. Diese Gegenstände sind also nach heutigem Recht dem Verkehr in diesem Sinne entzogen, nicht aber dem Privatrecht schlechthin, denn an und für sich können jedermann

*) Im Vorstehenden sind die Resultate einer lehrreichen Abhandlung kurz zusammengefasst, deren Titel lautet: Zimmermann, Ueber das Verbot der Veräußerung streitiger Sachen und Forderungen (Civilist. Archiv Bd. 35 und 36). Sie enthält viele literarische Nachweisungen aus der deutschen Praxis und Doctrin.

Rechte aller Art daran zustehen. Es sind besonders zu nennen:

1. Die Früchte auf dem Halm, welche zu verkaufen vielfach verboten ist, um unsoliden Speculationsgeschäften vorzubeugen, es sei denn, dass der Kaufpreis dem zur Zeit des Contracts oder vierzehn Tage nach der Ernte geltenden Marktpreise gleich komme *).

2. Die mit einem immerwährenden Fideicommiss belegten Güter, welche der zeitweilige Eigenthümer unter keiner Bedingung veräußern darf.

3. Druckschriften, welche aus politischen oder moralischen Rücksichten verboten sind, und welche man dadurch zu unterdrücken sucht, dass man den Buchhändlern den Verkauf, den Leihbibliotheken die Vermiethung derselben untersagt.

4. Unerlaubter Nachdruck.

5. Orden und Ordensmedaillen. Wer mit solchen bedacht ist, darf (wenigstens bei manchen derselben) sie nicht veräußern. Manche Orden gehen auch nicht *per universitatem* auf die Erben über, sondern fallen beim Tode des Inhabers an den Regenten zurück, können also in keiner Weise auf andere Personen vom ersten Inhaber dem Eigenthum nach übergehen.

6. Staats- und andere Creditpapiere, wenn Lieferungskäufe derselben gesetzlich verboten sind.

Die verbotenen Verträge sind nicht nur auf Grund eben des Verbots anfechtbar, sondern *ipso jure* nichtig; es hat kein Theil daraus eine Klage, und kann die schon geschehene Leistung zurückgefordert werden. Denn das verbietende Gesetz ist eine *lex perfecta*; es sollen solche Verträge durchaus nicht stattfinden.

Alle diese Fälle beruhen aber nicht auf einer beständigen rechtlich wirksamen Eigenthümlichkeit oder dauernden Bestimmung der betreffenden Sachen, sondern lediglich auf einem aus Zweckmässigkeitsgründen erlassenen zufälligen positiven Verbot, welches an und für sich auch wegfallen

*) Gerber, D. Pr.-R. §. 174 S. 438.

könnte und wirklich zu anderen Zeiten, wie bei den Römern, nicht existirt hat. Sie haben daher von einem allgemeinem Standpunkt einen weit geringern juristisch-wissenschaftlichen Werth als die dem bürgerlichen Leben unentbehrliche Kategorie der eigentlichen *res extra commercium*.

In noch höherem Grade gilt dasselbe von den endlich noch kurz zu erwähnenden Gegenständen, welche ebenfalls als dem Verkehr entzogene bezeichnet werden könnten, freilich nur in einem sehr uneigentlichen Sinne, dabei aber von den soeben besprochenen Sachen rechtlich durchaus verschieden sind. Es sind dies:

§. 26. 2) Die Gewerbs- und Handelsmonopole im heutigen Recht.

1. Die Gewerbsregale. Hier ist kein einziges Rechtsgeschäft eigentlich ausgeschlossen, wie bei den Gegenständen des vorigen Paragraphen, sondern das Besondere besteht nur darin, dass jeder Käufer an einen bestimmten Verkäufer gewiesen ist, nämlich an den Staat, als den gesetzlich alleinigen Producenten und Verkäufer, und niemand sonst, abgesehen von einer Beleihung mit diesem Rechte, Verkäufer solcher Artikel sein darf. Hiervon werden besonders betroffen: Tabak (Oesterreich), Salz (Preussen, Frankreich) Zucker, Branntwein, Spielkarten u. s. w.

2. Die Handelsregale. Hier ist ebenfalls kein Handelsgeschäft oder anderer Contract an und für sich ausgeschlossen, sondern es besteht nur eine gesetzliche Vorschrift, wonach der Staat das alleinige Recht des Ankaufs (Monopol) von den ersten Producenten hat, so dass er erster Käufer und erster Verkäufer ist — ein Recht, welches er freilich häufig als Privileg auch bestimmten Privatpersonen verleiht. Die Beschränkung trifft also bei einer jeden in diese Kategorie gehörenden Sache nur den ersten Kaufcontract. Wer einmal vom Staate gekauft hat, kann von nun an mit einer jeden Person beliebige Rechtsgeschäfte über die diesem Handelsmonopole nun nicht mehr unter-

worfene Sache gültig abschliessen. *) Es sind dies diejenigen Handelsbeschränkungen des heutigen Rechts, welche denen des römischen Rechts im *Tit. Cod. quae res venire non possunt* (bes. l. 1 und 2) ganz und gar entsprechen.

Garnicht aber, auch nicht im uneigentlichsten Sinne, kann man als dem Verkehr in irgend einer Weise entzogen die Sachen ansehen, welche unter einem Einfuhr- oder Ausfuhrverbot stehen; **) z. B. Contrebande, Vieh bei herrschenden Viehseuchen u. a. Wir haben die Gründe schon oben bei der Betrachtung der Bestimmungen des römischen Rechts auszuführen gesucht, worauf verwiesen sein mag (S. 38).

*

*

*

Die soeben besprochenen *res extra commercium* im uneigentlichen Sinne, wie wir sie bezeichnen, haben demnach die Eigenthümlichkeit, dass bestimmte Rechtsgeschäfte, namentlich Kauf und Verkauf, über dieselben entweder direct verboten oder indirect dadurch erschwert sind, dass das Gesetz nur ganz bestimmte Personen in der Rolle des einen Contrahenten zulässt. Dagegen ist hier niemand, wie bei den eigentlichen, regelmässig unter dieser Benennung verstandenen *res extra commercium*, an und für sich direct von dem Erwerb und der Ausübung irgend welcher Rechte ausgeschlossen, wenngleich die Ausschliessung oder Erschwerung einzelner darauf gerichteter Rechtsgeschäfte factisch häufig zu einer solchen führen mag.

Dagegen haben diese Gegenstände eine andere Eigenschaft mit einzelnen der eigentlichen *res extra commercium* gemein. Sowohl die uneigentlichen nämlich wie die unter einer subjectiven Rechtsbeschränkung stehenden eigentlichen *res extra commercium* verdanken ihre Extracommercialität gewissen Rücksichten und Tendenzen der Staatsleitung und gewissen polizeilichen Maximen, welche beide wandelbarer Natur und dem Wechsel der Lebensformen und

*) Vgl. Thöl, Handelsrecht 1. Bd. 4. Aufl. S. 97 Note.

**) S. Thöl a. a. O. S. 96.

Zeitansichten unterworfen sind. Die Verkehrsbeschränkung bei diesen Sachen ist also mehr eine zufällige, was sich auch darin zeigt, dass nach römischer Anschauung ganz andere Gegenstände als nach heutigem Recht von dieser Kategorie faumsst werden.

§. 27. Schluss.

Blicken wir nochmals kurz auf die Resultate unserer Untersuchung zurück, so wird die Beantwortung der öfter kurzweg aufgeworfenen Frage, ob es heutzutage noch *res extra commercium* im römischen Sinne gebe, keine Schwierigkeit mehr für uns haben.

Wenn wir nämlich von dem richtigen Begriff des *extra commercium esse* ausgehen, wie wir ihn bisher festgestellt und durchgeführt zu haben meinen, so kann kein Zweifel darüber bestehen, dass auch im heutigen gemeinen Recht dieser Begriff noch seine praktische Anwendung findet, jene Frage also zu bejahen ist. Wir haben dies sowohl bei den *res sacrae* wie bei den *res publicae* im Einzelnen zu erkennen und nachzuweisen gesucht. Dies kann auch kaum anders sich verhalten, denn die Sachen, auf welche jener Begriff sich vorzugsweise bezieht, sind heutzutage so gut wie bei den Römern vorhanden, sie dienen heute denselben allgemeinen Bedürfnissen und erfordern in dieser ihrer Eigenschaft die gleiche Stellung innerhalb des Privatrechts und die nämliche Abschliessung von der Privatwillkür des einzelnen Eigenthümers. Verschieden ist nur das Maass der Ausschliessung vom Privatrecht bei den *res sacrae*, was aus der Verschiedenheit der religiösen Anschauungen und der Grösse des Einflusses auf die privatrechtliche Stellung dieser Sachen sich erklärt, den man jenen hier und dort eingeräumt hat.

Zu verneinen würde allerdings die genannte Frage mit manchen Schriftstellern *) sein, wenn man die mancherlei

*) Vgl. z. B. von Holtzendorff in der öfter angef. Dissertation pag. 28 fg.

falschen Definition der Extracommercialität zu Grunde legen wollte, wonach *res extra commercium* solche Gegenstände sein sollen, welche keinen Eigenthümer haben, oder über welche keine privatrechtlichen Geschäfte geschlossen werden können, oder welche keinen Vermögenswerth besitzen u. dgl. Solche Auffassungen sind aber gerade auch vom Standpunkt des römischen Rechts zu verwerfen, und werden, wie wir glauben, durch unsere Erörterungen, welche zur Erforschung des wahren Wesens der Extracommercialität führen sollten, genügend widerlegt.

haben. Diejenigen, die die Exkommunikation zu Grunde
legen wollen, müssen vorher beweisen, dass die Exkommunikation
nicht schon früher erfolgt ist. Wenn sie das nicht können, so
kann die Exkommunikation nicht ausgesprochen werden.
Diejenigen, die die Exkommunikation ausgesprochen haben,
müssen beweisen, dass die Exkommunikation nicht schon
früher erfolgt ist. Wenn sie das nicht können, so
kann die Exkommunikation nicht ausgesprochen werden.
Diejenigen, die die Exkommunikation ausgesprochen haben,
müssen beweisen, dass die Exkommunikation nicht schon
früher erfolgt ist. Wenn sie das nicht können, so
kann die Exkommunikation nicht ausgesprochen werden.

Druckfehler.

Seite 18. Text Zeile 4 von unten statt „§. 5. a).“ lies „§. 6. α).“
„ 27. „ „ 4 „ oben „ „§. 7. b).“ „ „§. 7. β).“

30.6.23.

11.

42/43.

46.

74.

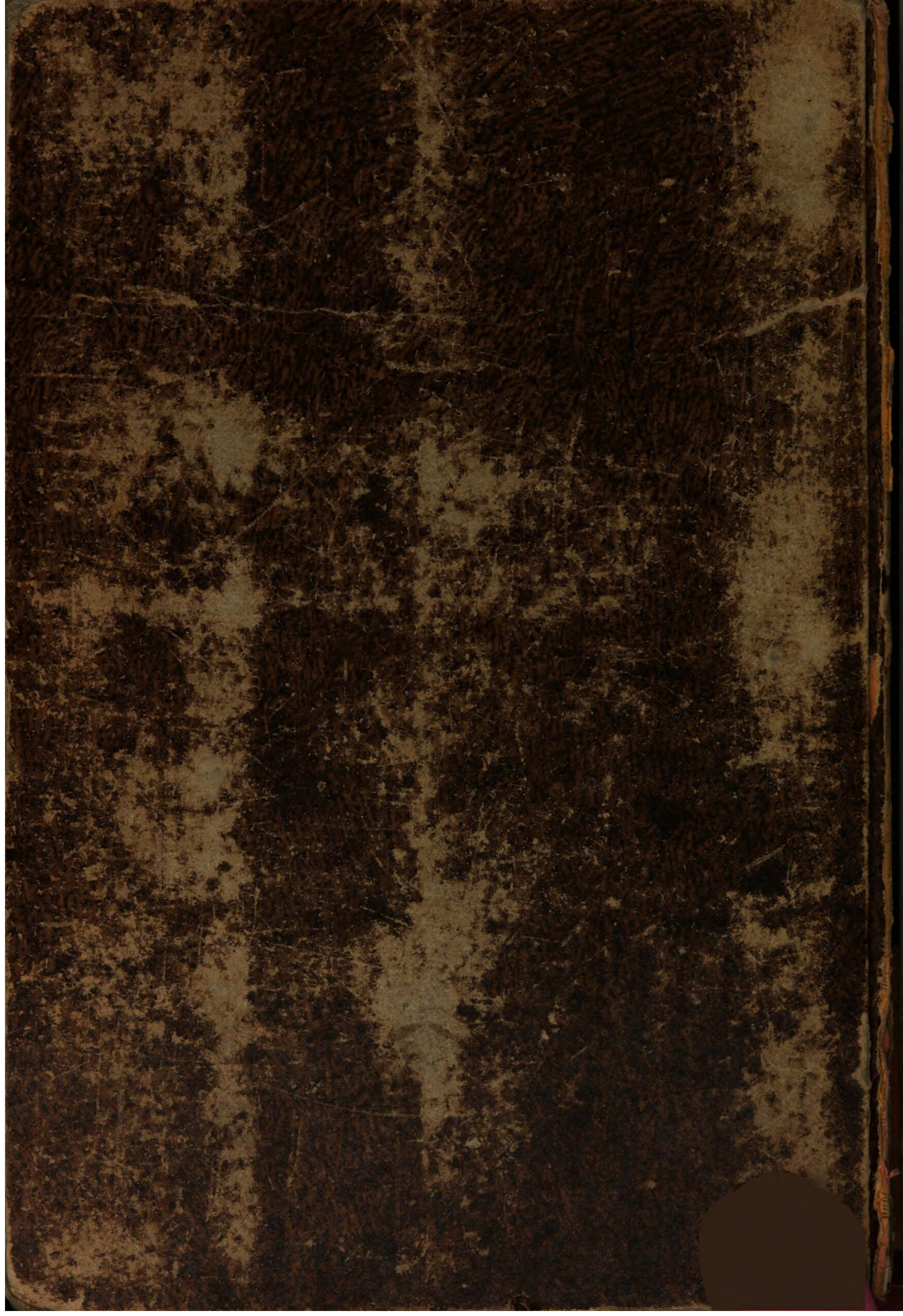
105

108

116 (10/11/20 Il!)

IL T. 116





Wappäus, Heinrich,

Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und
heutigem Recht eine juristische Abhandlung

Göttingen 1867

J.rom.m. 524 s

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10567237-1